

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros

## **El seguro ambiental en el Ecuador**

Ana Elena Rueda Guerrero

Tutor: Ramón Santiago Rodríguez Borja

Quito, 2019





*Yo, Ana Elena Rueda Guerrero, autora de la tesis intitulada “**EL SEGURO AMBIENTAL EN EL ECUADOR**”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho, con mención en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.*

- 1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.*
- 2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.*
- 3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.*

*Ana Elena Rueda Guerrero.*

*Enero 2019*



## Resumen

El Estado ecuatoriano atendiendo a sus necesidades de desarrollo e industrialización y al mismo tiempo en cumplimiento del principio constitucional de respeto a la naturaleza y el derecho de la población a vivir en un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado, ha emitido normas de protección al medioambiente estableciendo márgenes dentro de los cuales tienen que circunscribirse las actividades lícitas y productivas que propendan al desarrollo sostenible.

En este sentido, en el Código Orgánico del Ambiente vigente desde el 12 de abril de 2018<sup>1</sup>, se determina que los proyectos que requieran de estudio de Impacto Ambiental requerirán póliza o garantía financiera para cubrir las responsabilidades ambientales. No obstante, en nuestro país al momento, no se encuentra aprobado el ramo de daño ambiental que permita la contratación de un seguro específico; por lo que, los operadores económicos o industriales, recurren a otros ramos o tipos de seguro como el de responsabilidad civil y fianza; no obstante, estos, tienen una naturaleza y fin distinto al de la restauración ambiental.

La inexistencia del seguro de daño ambiental genera la problemática de que no se cumpla el doble fin que tiene este tipo de seguro: por un lado, la garantía de la disponibilidad de los fondos económicos necesarios que permitirán afrontar las importantes sumas que suponen los costos de restauración ambiental, compensación e indemnización; y, por otro lado, el cumplimiento de la reparación ambiental, a través de la suma asegurada.

A través del presente trabajo se busca desarrollar un análisis sobre daño ambiental y seguro ambiental, con el objeto de distinguir la cobertura que este tipo de seguro debe contener, de tal manera que no se pierda o confunda su verdadera naturaleza y fin. Mantenemos la esperanza de que, paulatinamente con el pasar del tiempo el mercado en este tipo de producto madure, de tal manera que este seguro sea un mecanismo de alivio para la parte asegurada procurando la restauración integral de daños medioambientales.

---

<sup>1</sup> Registro Oficial Suplemento 983, de 12 de abril de 2017.



A María Fernanda, mi hija, este objetivo también lleva tu nombre.





## **Agradecimientos**

A Fernando, mi esposo, por su apoyo siempre incondicional.

A mis amigos y compañeros que día a día compartieron conmigo sus conocimientos, recomendaciones y motivación.

Al doctor Ramón Rodríguez Borja por su guía y consejo en el desarrollo de esta investigación.



## **Tabla de Contenidos**

<b>Introducción .....</b>	<b>13</b>
<b>Capítulo Uno .....</b>	<b>17</b>
1. Antecedentes del Seguro.....	17
1.1. Edad Antigua .....	18
1.2. Edad Media.....	19
1.3. Época Moderna .....	22
1.4. Lloyd's de Londres.....	24
1.5. Ecuador.....	26
2. Antecedentes del Seguro de Responsabilidad Civil.....	26
3. Antecedentes del seguro de fianza .....	30
4. Descripción y operatividad del seguro de responsabilidad civil y fianza en el campo de los efectos contractuales.....	32
4.1. De la responsabilidad civil .....	32
4.2. De la fianza .....	37
<b>Capítulo Dos.....</b>	<b>43</b>
1. Daño Ambiental .....	43
2. Impacto Ambiental .....	49
3. Autoridad .....	53
4. La responsabilidad objetiva en el Ecuador según la Constitución. ....	55
5. Análisis de la responsabilidad objetiva en el Código Orgánico del Ambiente ....	58
6. Principio “El que contamina paga” .....	62
7. Derechos de la Naturaleza.....	63
<b>Capítulo Tres .....</b>	<b>67</b>
1. Seguro Ambiental .....	67
2. Seguro ambiental y responsabilidad civil .....	74
3. Seguro Ambiental y fianza .....	77
4. Reparación e Indemnización. ....	81
5. Clausulado Mínimo.....	84
6. Otros mecanismos de financiamiento de recomposición por daño ambiental .....	86
<b>Capítulo IV.....</b>	<b>91</b>

1. Pólizas de daño ambiental aplicada en legislación específica.....	91
Argentina .....	91
Colombia.....	93
Unión Europea, España .....	94
2. Análisis del clausulado relevante .....	97
<b>Conclusiones.....</b>	<b>103</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>107</b>

## **Introducción**

El seguro en la actividad económica de las personas y empresas representa un instrumento de esencial contratación pues coadyuva en el manejo de contingencias, al disminuir el daño económico que sufrirían de producirse un evento indeseado que cause la pérdida total o parcial de un determinado bien o interés. La disminución del daño económico, lo que significa protección de patrimonio para el asegurado, es posible gracias a que previamente se trasladó su riesgo a una compañía autorizada para asumirlo a cambio del pago de una prima.

A medida que el hombre ha incursionado en distintos ámbitos comerciales ha sufrido más o menos pérdidas económicas, lo cual le hace analizar y detectar los riesgos a los que se encuentra expuesto y la posibilidad de transferirlos; estas experiencias paralelamente permiten la evolución del mercado de seguros que amplía su oferta de productos o protección a través de seguros específicos mejorando la técnica por cada tipo de seguro o ramo.

En el mencionado incremento de actividades comerciales, el hombre incursiona también en la implementación de mejores y más industrializadas actividades productivas, en búsqueda de producción en masa de bienes y servicios para una población cada vez mayor, con mayores demandas y con expectativas de vida más larga.

A raíz de este vertiginoso desarrollo industrial nace la preocupación de las naciones por el inadecuado aprovechamiento de los recursos naturales, la contaminación provocada por las actividades industriales, la limitación que encontrarían las generaciones futuras por el agotamiento de los recursos naturales y la contaminación arrojada como factura por quehaceres de generaciones anteriores.

Crece la conciencia y preocupación internacional sobre el medioambiente y su conservación actual y futura, se motiva a legislar sobre protección y adecuado aprovechamiento y posteriormente sobre sanciones e indemnizaciones. Nace el Derecho Ambiental como rama independiente, disciplina que afronta varios desafíos como la determinación de lo que es medioambiente y los elementos que lo componen; la delimitación de su campo de acción respecto al derecho civil, administrativo y penal; la búsqueda de regulación sobre impactos ambientales y la determinación de cuáles son autorizados, la fijación técnica de los límites a partir de los cuales los impactos no son

autorizados o causan daño, responsabilidad objetiva o subjetiva frente a daño, restauración, etc.

En este orden de ideas, la legislación de algunos países opta por la implementación del seguro de daño ambiental o seguro ambiental en búsqueda de la recomposición de daño ocasionado por impactos no autorizados y como medida de alivio económico o de protección de patrimonio para los operadores, especialmente en un sistema de responsabilidad objetiva, como el nuestro, en donde el que contamina paga, al margen de si el evento ocurrió con culpa o intencionalidad.

La problemática que se pretende analizar en el presente trabajo es la realidad jurídica de nuestro país donde: por un lado, el ramo de seguro ambiental no se encuentra aprobado y, por otra parte, el Código Orgánico del Ambiente establece la obligación de los operadores de presentar un seguro o garantía económica con el fin de obtener la licencia del plan de manejo ambiental. Es decir, constituye un requisito administrativo y su contratación se realiza a través de una fianza o garantía de cumplimiento de contrato por lo que no se cumple con el fin de proteger el patrimonio del asegurado y la restauración ambiental a los límites autorizados, a través de estos fondos. Ciertos operadores que actuarán más diligentemente contratarán un seguro de responsabilidad civil con el que se procurará la indemnización a particulares y compensación a comunidades afectadas por daños ambientales, que les correspondería asumir.

Se analiza también los inconvenientes que surgen en la suscripción de un seguro ambiental como la dificultad de encontrar parámetros objetivos de daño ambiental, fijar una estimación o cuantificación de riesgo y la posibilidad económica de las compañías de seguros para asumirlo, sin perjuicio de la falta de información actuarial necesaria para fijar tasas y primas.

Pese a los inconvenientes que se pueden presentar en la suscripción de un seguro ambiental, hasta que el mercado tenga suficiente información para robustecer su técnica, es mejor que exista la opción de suscribirlo a que no lo haya, con el fin de que las empresas trasladen este importante riesgo y se garantice la remediación al medioambiente hasta los límites autorizados, e inclusive se busque a través de la presencia de las aseguradoras, como tomadoras de riesgos, la prevención de daños ambientales al incentivar a sus clientes a cumplir adecuadamente sus políticas de respeto al medioambiente.

A través del análisis de todos estos elementos, se pretende responder la pregunta central de la presente investigación: ¿Cuáles son los principales presupuestos que permitirán instrumentar adecuadamente el seguro ambiental en Ecuador?

El trazado metodológico con el que se ha realizado la presente investigación es el descriptivo, a través del análisis y representación de nuestra realidad jurídica y contractual en materia de seguros en general y en el campo ambiental en particular. Por otra parte, se ha recurrido al método de análisis normativo de legislación extranjera, ya que en la nuestra, no contamos con desarrollo del seguro ambiental, el objetivo de la utilización de este método fue comparar la evolución de la regulación especializada en el campo temático abordado y juntamente con las experiencias encontradas en la información disponible y seleccionada al respecto, extraer los elementos que pueden ser aplicados a nuestra realidad.

Finalmente, para categorizar los elementos que servirán para orientar la construcción de una propuesta mínima de seguro ambiental en nuestro país, se ha aplicado el método de ponderación, pretendiéndose una valoración adecuada de los elementos y actores que deben coadyuvar en la implementación de este tipo de contrato en Ecuador.

El presente trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos, en el primero de ellos se pretende un adentramiento en los antecedentes del contrato de seguro, en general, sus orígenes y evolución; y, los antecedentes y evolución de los seguros de responsabilidad civil y fianzas en particular, el objetivo es que a través de la comprensión de la evolución de estas figuras y sus efectos y operatividad en el campo contractual, se entienda el alcance que tienen y la adecuación o no de daños medioambientales.

El segundo capítulo se enfoca en el análisis de la materia especializada en medioambiente, a partir de la Constitución de la República se analizan los principios de protección a la naturaleza, la responsabilidad objetiva que tienen los operadores frente al daño, y los conceptos esenciales que deben considerarse en el momento abordar una cobertura por daño ambiental, como: medioambiente, impacto autorizado, impacto no autorizado, límites permisibles, etc.

En el tercer capítulo se aborda el seguro ambiental como tal a través del análisis de normativa extranjera y las experiencias concretas en la materialización de este contrato. Se analiza también los ámbitos de cobertura con otros tipos de seguro como el

de responsabilidad civil y la fianza. El objetivo de este capítulo es poner sobre la mesa los aspectos que deben superarse para llegar a una adecuada instrumentación de esta figura en Ecuador.

Por último, en el capítulo cuarto se realiza un análisis del marco normativo ambiental en la legislación de algunos países donde el seguro ambiental ha sido instituido como obligatorio, este análisis se realiza con el fin de evidenciar similitudes, diferencias y ámbitos de cobertura para finalmente estudiar las principales cláusulas de los seguros que se ofrecen en los países tomados como referencia.



## Capítulo Uno

### 1. Antecedentes del Seguro

En el artículo titulado “La fascinante historia del origen del seguro y su relación con las apuestas”<sup>2</sup>, el autor indica que desde cuando los primeros pobladores de la tierra empezaron a vivir de una manera organizada con una estructura mínima o en pequeños grupos con un líder, intuitivamente se inició con una forma de ayuda social, basada en la fraternidad y apoyo mutuo ante momentos o situaciones adversas a las que constantemente se encontraban expuestos, generalmente producto de las inclemencias del clima, animales salvajes u otros grupos rivales, y poco a poco fueron aprendiendo que en conjunto podían hacer frente de mejor manera a las adversidades, apoyando con alimentos a una familia que estaba en desgracia, protegiendo a niños que eventualmente quedaban sin sus padres, etc.

Estas actividades de los primeros pobladores del planeta, marcadas por el principio de fraternidad y de ayuda mutua, permite evidenciar la búsqueda del hombre por prevenir y redistribuir los riesgos e incertidumbres<sup>3</sup> y buscar soluciones primitivas a los problemas que afrontaban; encontramos así, los primeros vestigios del seguro y protección social.

Isaac Halperin señala que la doctrina no está de acuerdo en la determinación de las etapas de la evolución del seguro<sup>4</sup>, por su parte Hernán Mejía Delgado adopta la posición de algunos historiadores y reseña la evolución del seguro a través de las etapas de la historia de la humanidad<sup>5</sup>, para una mejor organización de los antecedentes, utilizo como base el criterio de Mejía Delgado, es decir reseñar la institución, a través de las etapas de la historia de la humanidad.

---

<sup>2</sup> Tim Harford, “La Fascinante Historia Del Origen de Los Seguros y Su Relación Con Las Apuestas,” *BBC Mundo*, February 19, 2017, sec. Otras noticias, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-38973945>.

<sup>3</sup> Gabriel Tortella Casares et al., *Historia Del Seguro En España*, Segunda (España: Fundación MAPFRE, n.d.), 29.

<sup>4</sup> Isaac Halperin, *Lecciones de Seguros* (Buenos Aires, Argentina: Ediciones De Palma, 1987), 8.

<sup>5</sup> Mejía Delgado, Hernán, *Gestión Integral de Riesgos y Seguros. Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria*, Segunda (Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones, 2011), 110.

### 1.1. Edad Antigua

Las grandes civilizaciones antiguas ya experimentaban casos tempranos de seguro en cuanto a distribución del riesgo. Se ha descubierto que alrededor de 3.000 años antes de Cristo los comerciantes chinos idearon mecanismos de compartición de pérdidas en caso de hundimiento de embarcaciones, distribuyendo la carga de las mercancías entre varios buques, de manera que se evitaba la bancarrota de un solo comerciante y se minimizaba el riesgo de pérdida total.<sup>6</sup>

En el código babilonio del Rey Hammurabi (1955-1912 a.C) se registra que los comerciantes, que recibían un préstamo para una expedición comercial, se comprometían a pagarlo con un mayor interés del que normalmente correspondería, si se estipulaba que el préstamo quedaría sin efecto en caso de pérdida o naufragio de la embarcación en la que se movilizaban las mercancías, la diferencia entre el interés que correspondería a un préstamo habitual y el interés efectivamente pagado, constituía la prima del riesgo. Encontramos aquí un antecedente del “préstamo a la gruesa ventura” (“préstamo a la gruesa”)<sup>7</sup>. Asimismo, en el mismo reinado de Hammurabi, a través de organizaciones de sociedades mutuas, se practicaban indemnizaciones por accidentes de trabajo. También se practicaba la mutualidad para compartir las pérdidas de mercancías de algún miembro de la caravana que las transportaba en el desierto<sup>8</sup>.

En la India la persona que tuviera una deuda y al tiempo la necesidad de viajar asumía intereses más o menos alto, si el viaje lo realizaba vía marítima o vía terrestre.<sup>9</sup>

En Egipto, por su arraigada veneración a la muerte, se cubrían gastos y ritos funerarios a través de la ayuda mutua, para lo cual se agrupaban entre socios y formaban fondos para cubrir los gastos del socio fallecido; además, tal como sucedía en la India, el prestatario que tenía la necesidad de viajar debía pagar un interés diferenciado según el trayecto o tipo de viaje.

En Atenas (siglo IV a.C) se legisla y practica un tipo de contrato mercantil, cercano al que se practicaba en Babilonia y que fue el antecedente del “préstamo a la gruesa”, por el cual, el armador o comerciante que sufría pérdida del navío y mercancía quedaba relevado de devolver el préstamo que financió la travesía. Si se arribaba al

---

<sup>6</sup> Gabriel Tortella Casares et al., *Historia Del Seguro En España*, 29.

<sup>7</sup> Gabriel Tortella Casares et al., 29.

<sup>8</sup> Mejía Delgado, Hernán, *Gestión Integral de Riesgos y Seguros. Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria*, 111.

<sup>9</sup> Mejía Delgado, Hernán, 111.

destino, el préstamo se devolvía y se pagaba un alto interés al comerciante prestamista.<sup>10</sup> También se legisla sobre la “echazón” o “avería gruesa”, que es la regulación de la pérdida repartida proporcionalmente entre todos los comerciantes con interés en la mercadería, cuando parte de ésta tenía que lanzarse por la borda para aligerar el embarque en peligro de hundimiento.

En las Islas Rodas se desarrolló el llamado “medio general” que era una especie de seguro mutuo por medio del cual, los comerciantes constituían un fondo que se empleaba para compensar a uno de ellos en caso de siniestro en alta mar, ya sea por inclemencias del clima o asaltos de piratas.<sup>11</sup>

En Roma existieron las asociaciones denominadas “Collegia Tenuiorum” o “Collegia Funeraticia” que eran agrupaciones de gente muy pobre: clase baja, esclavos y libertos, con las cuotas de los miembros se constituía un fondo que servía para el pago de gastos de entierro y compensaciones por la viudez de esposas sobrevivientes. Los artesanos también se agrupaban en estas asociaciones y participaban en gastos por muerte, compensaciones a familias del fallecido y una especie de seguro en cuyo fondo también aportaba el Estado y la herencia del socio fallecido.<sup>12</sup>

Los soldados del ejército romano formaban agrupaciones con el fin de pagar cierta suma, que servía para para gastos de viaje cuando uno de ellos fuere transferido, o cuando era dado de baja, o la suma se pagaba a la familia si el soldado moría en batalla.<sup>13</sup>

## **1.2.Edad Media**

El seguro moderno nace en Europa en la Edad Media, el comercio tuvo un desarrollo importante, sin embargo, la estructuración del seguro como tal tuvo ligeras evoluciones.

El comercio marítimo toma impulso importante, pero a su vez, la proliferación de piratas que en alta mar secuestraban navíos, capitanes y tripulaciones con el objetivo de solicitar un rescate, originó la preocupación por garantizar un mecanismo de pago que cubra dicho rescate, de lo contrario la vida del capitán y tripulación corrían peligro. Luego de ello los capitanes se aseguraron contra la muerte por diferentes motivos, así

---

<sup>10</sup> Gabriel Tortella Casares et al., *Historia Del Seguro En España*, 29.

<sup>11</sup> Gabriel Tortella Casares et al., 29.

<sup>12</sup> Mejía Delgado, Hernán, *Gestión Integral de Riesgos y Seguros. Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria*, 111.

<sup>13</sup> Mejía Delgado, Hernán, 111.

encontramos que el inicio del seguro de vida se desarrolló también en el Mediterráneo como complemento del seguro marítimo, se aseguraron pasajeros, marinos y esclavos; a veces los seguros de vida se convertían en apuestas sobre la supervivencia de las personas, estas apuestas<sup>14</sup> fueron prohibidas por la Ordenanza de Barcelona de 1435<sup>15</sup>.

Durante esta época, tiene gran apogeo el préstamo a la gruesa, que es el precedente del seguro marítimo, el préstamo lo tomaba un comerciante para financiar una expedición comercial, por dicho préstamo se cobraba un interés muy alto, la particularidad de este tipo de préstamo era que, en caso de siniestro o fracaso de la operación, el prestatario no devolvía el monto prestado ni intereses, o disminuía el monto de los daños experimentados si el siniestro no era total; el préstamo era reintegrado con un premio o interés mucho más alto, si se sorteaban los riesgos marítimos con éxito y se llegaba al destino pactado, de ahí viene su nombre: “préstamo a la gruesa aventura que supone el viaje por mar” Al préstamo a la gruesa también se le llamó “cambio marítimo” o “préstamo a riesgo de mar”<sup>16</sup>

Hernán Mejía Delgado comenta que el Papa Gregorio IX en el año 1230 prohibió cobrar intereses, por lo que se tornó difícil otorgar préstamos para el transporte de mercadería por mar, por lo que los comerciantes poco a poco analizaron la diferenciación del préstamo y del riesgo, abriendo las puertas a lo que más adelante sería el seguro marítimo propiamente dicho<sup>17</sup> es decir se sustituiría el préstamo o desembolso inmediato por una indemnización o pago al dueño del buque si sufría daños o pérdidas o la mercancía transportada no llegaba a su destino<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> El doctor Eduardo Peña Triviño recuerda que el germen de la actividad aseguradora fue la apuesta, ya que el hombre siempre ha especulado sobre el destino de sus actos, bienes y la incertidumbre del futuro (Manual de Derecho de Seguros, pág. 2) Sin embargo, Isaac Halperin indica que, si bien es cierto que en el juego o apuesta y los seguros hay un elemento aleatorio, se distinguen porque en el juego el riesgo es artificial, mientras que en el seguro la necesidad de cobertura es real y de sobrevenir el hecho incierto, la necesidad se satisface; por otro lado, en la apuesta el jugador es artífice de su suerte, mientras que en el seguro el asegurado se defiende del hecho no deseado; finalmente, en con el seguro se busca prevenir y resarcir, en el juego o la apuesta se busca lucrar (Lecciones de Seguros, pág. 10) Rubén Stiglitz añade a estos elementos, que los derechos que se derivan del contrato de seguro son exigibles civilmente, no así la pretensión de cobro de juegos de azar (Derecho de Seguros, Tomo I, pág. 38) efectivamente, así lo determina nuestro Código Civil, “*El Juego y la apuesta no producen acción, solamente excepción. El que gana no puede exigir el pago...*” (Art. 2165)

<sup>15</sup> Gabriel Tortella Casares et al., *Historia Del Seguro En España*, 30.

<sup>16</sup> Gabriel Tortella Casares et al., 30.

<sup>17</sup> Mejía Delgado, Hernán, *Gestión Integral de Riesgos y Seguros. Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria*, 112.

<sup>18</sup> Isaac Halperin, *Lecciones de Seguros*, 7.

En 1347 en Génova, se redacta el primer documento al que se llama “Póliza” en el que constan condiciones de un seguro marítimo.<sup>19</sup> Esta es la póliza más antigua de la que se conoce y cubría la trayectoria de un viaje Génova – Mallorca.<sup>20</sup> Fue celebrada el 23 de octubre de 1347 entre Bartolomeo Basso, armador de una nave de vela y el genovés Giorgio Lecavello. El idioma usado fue el genovés que luego sería el italiano y el objeto era asegurar la nave contra los riesgos del mar y los piratas que infestaban el Mediterráneo.<sup>21</sup>

A partir de entonces se celebran estos contratos que eran redactados por notarios. España, al igual que Italia, denotó gran actividad ya que los historiadores han encontrado que entre 1428 y 1429, en Barcelona el notario Bartolomé Masons redactó 380 pólizas.<sup>22</sup>

Para regular y controlar este tipo de contratos se emite normativa, siendo la primera norma que regula al seguro marítimo el edicto u ordenanza de los magistrados municipales de Barcelona en 1435<sup>23</sup>, que posteriormente fue integrada en la primera codificación sobre derecho marítimo en 1494, codificación que sirvió de base para el comercio internacional en el Mediterráneo.<sup>24</sup>

Por otra parte, en la Edad Media, con el incremento paulatino del comercio, en Inglaterra se forman asociaciones de personas dedicadas a una misma actividad o profesión, con la finalidad de protegerse mutuamente y cubrir a sus miembros por pérdidas sufridas por incendios o robos, así como también auxiliar a incapacitados o a quienes sufrían pérdida de ganado<sup>25</sup>. Este tipo de asociaciones se denominaban “Guildas” y se financiaban por el aporte económico de sus miembros<sup>26</sup>. Esta forma de agrupaciones afines a una actividad común se replicó en varias regiones de Europa formándose agrupaciones de carácter profesional en Alemania y Francia. Con el pasar de los años, se permitió el ingreso a estas asociaciones a personas que no pertenecían al gremio, mediante el pago de una determinada suma; por lo que van adquiriendo un carácter lucrativo.

---

<sup>19</sup> Mejía Delgado, Hernán, *Gestión Integral de Riesgos y Seguros. Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria*, 112.

<sup>20</sup> Gabriel Tortella Casares et al., *Historia Del Seguro En España*, 29.

<sup>21</sup> Eduardo Peña Triviño, *Manual de Derecho de Seguros*, Tercera (Guayaquil, Ecuador: Edino, 2003), 2.

<sup>22</sup> Gabriel Tortella Casares et al., *Historia Del Seguro En España*, 29.

<sup>23</sup> Mejía Delgado, Hernán, *Gestión Integral de Riesgos y Seguros. Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria*, 112.

<sup>24</sup> Gabriel Tortella Casares et al., *Historia Del Seguro En España*, 30.

<sup>25</sup> Eduardo Peña Triviño, *Manual de Derecho de Seguros*, 2.

<sup>26</sup> “Cómo se inventaron los seguros: las guildas, una forma de seguro de la Edad Media,” Seguros de tú a tú, accessed May 5, 2018, <https://www.segurosdetuatu.es/posts/como-se-inventaron-los-seguros-las-guildas-una-forma-de-seguro-de-la-edad-media>.

### 1.3.Época Moderna

Luego del descubrimiento de América, los seguros toman fuerza y se imponen de forma obligatoria; es así, que en 1549 el rey Carlos V, establece la obligatoriedad de contar con un contrato de seguro marítimo.

Hasta la aparición de las compañías de seguros, los seguros marítimos eran contratados entre comerciantes particulares, los comerciantes aseguradores suscribían una o varias pólizas cuya suma era igual al volumen asegurado, el asegurador de esta manera limitaba su posible pérdida en caso de siniestro a la cantidad suscrita, y si no ocurría ningún siniestro ganaba la prima.<sup>27</sup>

Más adelante los comerciantes reúnen mayores capitales y se reúnen para formar empresas dedicadas al comercio abarcando negocios en ultramar y siendo los predecesores de las sociedades anónimas<sup>28</sup>.

En septiembre de 1666 se produjo el gran incendio de Londres que duró 3 días<sup>29</sup>, producto de esto se generaron pérdidas gigantescas de viviendas e iglesias, con miles de personas a la intemperie, como consecuencia de este evento se introdujo en Inglaterra el seguro de incendio.<sup>30</sup> El médico inglés Nicholas Barbon creó la primera compañía aseguradora contra incendios llamada “Fire Office”<sup>31</sup>

Sin embargo, el seguro de incendio evolucionó lentamente en relación con el seguro marítimo. El seguro marítimo contiene un espacio temporal determinado: la duración del viaje, (lo que hoy conocemos por trayecto asegurado), al cabo del viaje las responsabilidades cesaban ya sea por no haber existido siniestro o bien con la indemnización correspondiente en caso de haberse producido pérdida. Por otra parte, el valor de buque, nave o embarcación y la carga eran conocidos o cuantificables. En cambio, con el seguro de incendio hacía falta un contrato a largo plazo lo cual era muy difícil sino imposible cuando el seguro era suscrito individualmente o por pocos comerciantes por su cuenta. Para la viabilidad de este tipo de seguros se precisaba de una

---

<sup>27</sup> Gabriel Tortella Casares et al., *Historia Del Seguro En España*, 31.

<sup>28</sup> Mejía Delgado, Hernán, *Gestión Integral de Riesgos y Seguros. Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria*, 112.

<sup>29</sup> “El gran incendio de 1666, catástrofe en Londres,” *Sobre Inglaterra* (blog), October 27, 2008, <https://sobreinglaterra.com/2008/10/27/el-gran-incendio-de-1666-catastrofe-en-londres/>.

<sup>30</sup> Isaac Halperin, *Lecciones de Seguros*, 8.

<sup>31</sup> “Insurance Hall of Fame Laureate Profile,” accessed May 1, 2018, <http://www.insurancehalloffame.org/laureateprofile.php?laureate=117>.

empresa con vida de larga duración, que internamente coordine y estime pérdidas y cuantifique indemnizaciones. A raíz del gran incendio de Londres el seguro de incendio toma un impulso importante mejorando su técnica y es asumido por compañías aseguradoras con un amplio mercado.<sup>32</sup>

Poco a poco los aseguradores incorporan elementos para determinar las primas a partir de las experiencias vividas, incorporan estas experiencias para baremar el riesgo y considerar su materialización, en el seguro marítimo se toman en cuenta factores como duración del viaje, ruta, distancia, estación-clima, embarcación, mercadería transportada, experiencia del capitán y tripulación. En los seguros de vida se toman factores como edad y tasas de mortalidad de la época<sup>33</sup>. En los seguros de incendio se toman en cuenta los materiales de construcción de las viviendas aseguradas. En definitiva, la consideración de estos factores y elementos matemáticos incorporados como el cálculo de probabilidades abren las puertas a un sistema más técnico en cuanto a la fijación de primas<sup>34</sup>.

En el siglo XX, los países de Europa Occidental y Estados Unidos tuvieron un rol decisivo en el avance de la ciencia y la tecnología<sup>35</sup>, luego de las dos guerras mundiales, las superpotencias mundiales crecieron a un ritmo acelerado, incluso el hombre llegó a explorar fuera de la atmósfera. Todos estos nuevos desarrollos generaron la necesidad exponencial de la industria de los seguros y se orientaron principalmente a asegurar el capital humano de las compañías y gobiernos contra los accidentes, enfermedades y desastres naturales.

En la actualidad se disponen de dos tipos de seguros: el social o público y el privado. El primero está diseñado, organizado y administrado por los gobiernos; la forma de financiarlo es mediante la contribución individual diferenciada de los mismos ciudadanos.

El otro grupo son los seguros privados, principalmente orientado a proteger a las personas y sus patrimonios<sup>36</sup>, entraña un contrato previo para lo cual se cumplió el debido protocolo de análisis de riesgo y posterior fijación de prima.

---

<sup>32</sup> Gabriel Tortella Casares et al., *Historia Del Seguro En España*, 38.

<sup>33</sup> Hasta antes de la incorporación de factores técnicos en el seguro de vida como edad y tasa de mortalidad, se habían experimentado grandes pérdidas porque la forma de calcular la prima era la misma (tarifa única).

<sup>34</sup> Gabriel Tortella Casares et al., *Historia Del Seguro En España*, 50.

<sup>35</sup> Koichiro Matsuura, Director General UNESCO, *Historia de la Humanidad SIGLO XX*, Primera Edición, vol. 8, 8 vols. (Editorial Planeta de Agostini S.A., 2004).

<sup>36</sup> “El Seguro : Causas y Soluciones de Los Conflictos Entre Asegurados y Aseguradores Con Ocasión Del Siniestro,” Capítulo I, accessed May 5, 2018, <http://portal.uasb.edu.ec:2192/visorepub/34004>.

Desde el punto de vista macroeconómico, la industria de los seguros promueve la marcha económica que beneficia a la sociedad en conjunto debido al volumen de ingresos que ello genera versus el volumen de pagos realizados.

#### **1.4.Lloyd's de Londres**

No es posible abordar los antecedentes del seguro sin transitar por los antecedentes y rasgos fundamentales de la más famosa organización de aseguradores del mundo, así encontramos que, en el año de 1688, la cafetería de Edward Lloyd<sup>37</sup> en Londres ubicada cerca del Río Támesis era el sitio obligado de armadores, comerciantes y marinos que regresaban de sus viajes, todos ellos interesados en el comercio marítimo. En este sitio se intercambiaba información sobre lo relativo a buques y navegación, se concertaban y formalizaban los seguros marítimos para los próximos viajes, los suscriptores aceptaban y se distribuían coberturas entre ellos<sup>38</sup>

Edward Lloyd<sup>39</sup> de gran espíritu emprendedor tuvo la idea de unificar la información que se intercambiaba de manera fragmentada en una sola hoja volante al que le dio el nombre de “Lloyd's List”<sup>40</sup> este pequeño documento contenía información sobre los viajes navieros, estadísticas de cargas, siniestros, ubicaciones donde habían sido vistos piratas y más información que era de utilidad para navegantes, comerciantes y aseguradores.

En 1771 los aseguradores (*underwriters*) formaron la sociedad “*Lloyd's of London*” pero solo hasta 1871 se constituyó formalmente mediante “acto de incorporación” emanado del Parlamento, dicho acto de incorporación ha sido modificado en pocas ocasiones por “actas de Lloyd's”

---

<sup>37</sup> “Corporate History - Lloyd's - The World's Specialist Insurance Market. Also Known as Lloyd's of London; Is a Market Where Members Join Together as Syndicates to Insure Risks.,” accessed May 1, 2018, <https://www.lloyds.com/about-lloyds/history/corporate-history>.

<sup>38</sup> Mejía Delgado, Hernán, *Gestión Integral de Riesgos y Seguros. Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria*, 113.

<sup>39</sup> Edward Lloyd no fue un asegurador, fue un intermediario que, a través de su cafetería facilitó una plataforma para que aseguradores, intermediarios y tomadores formalizaran contratos, sin saberlo edificó tal vez el más antiguo y más grande mercado asegurador. Tomado de Pocket Guide, Corporación Lloyd's 2017.

<sup>40</sup> Efrén Ossa, *Teoría General Del Seguro* (Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A., 1988), 428.



La Lloyd's de London cuenta con un Comité conformado por dieciséis miembros de la corporación, que emite reglamentos de afiliación, dirige y coordina sus propias actividades.<sup>41</sup>

Efrén Ossa explica el funcionamiento de Lloyd's de Londres, concluyendo que más que una compañía es una “Bolsa de Seguros”. Los órganos y su funcionamiento es el siguiente:

- a) *Underwriting members*, son personas naturales que se integran a la corporación en calidad de aseguradores individuales, y se encuentran agrupados en sindicatos. Para ser un *underwriting member* se debe contar con solvencia económica debidamente sustentada por los banqueros o contadores del aspirante, y además la solicitud de ingreso deberá ser firmada por seis miembros de la organización que respaldarán su solvencia moral. Es necesario que el *underwriting member* constituya un importante depósito a nombre del Comité para garantizar sus responsabilidades, depósito que no se le permitirá retirar, si sus compromisos no se encuentran cumplidos; además consignará una cuota de ingreso con destino a la corporación.
- b) *Syndicates* o sindicatos, son agrupaciones de *underwriting members*, su existencia responde a la necesidad de agilizar la realización de los negocios. Todo sindicato está dirigido por un *underwriter* que lo representa, el objetivo del *underwriter* es seleccionar adecuadamente los riesgos que suscribirán los integrantes del sindicato (*names*), distribuyendo entre ellos cada negocio con arreglo a cuotas preestablecidas. Los *underwriting* comisionan sobre los beneficios del grupo. Los *names* son los *underwriting members* que integran los sindicatos y asumen individualmente frente al asegurado en relación con su respectiva cuota.

Hernán Mejía Delgado<sup>42</sup> describe el procedimiento para la suscripción de un riesgo de la siguiente forma: el corredor de seguros o bróker, que debe ser reconocido por Lloyd's, instrumenta una pequeña lista denominada *slip* en esta lista se mencionan las características y detalles del riesgo, los *underwriters* interesados realizan una cotización de la prima y el riesgo que les interesa asumir, el bróker escogerá la más favorable según corresponda.

---

<sup>41</sup> Efrén Ossa, 429.

<sup>42</sup> Mejía Delgado, Hernán, *Gestión Integral de Riesgos y Seguros. Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria*, 114.

Los *underwriters* aceptantes apuntan en el slip la porción del riesgo que asumen a nombre de su sindicato haciendo constar sus iniciales y firmas, anotaciones que se hacen una debajo de la otra de donde viene el término.<sup>43</sup> Una vez distribuido el total del riesgo el Slip se presenta en la oficina de suscripción de Lloyd's y se emite la póliza oficial.

Lloyd's de Londres ha trascendido por muchos años, y aunque su estructura y organización ha sido imitada, la tradición y seriedad demostrada a través del tiempo la destacan y otorgan una manifiesta importancia en el mercado mundial de seguros<sup>44</sup>, hoy en Lloyd's se suscribe una cantidad importante de riesgos en muchas áreas de cobertura.

### **1.5.Ecuador**

En lo que respecta a los antecedentes del seguro en nuestro país el doctor Eduardo Peña Triviño<sup>45</sup> menciona que las normas sobre seguros eran las de la Colonia y las del Código de Comercio Español de 1829, hasta que entró en vigor el primer Código de Comercio en la presidencia de Ignacio de Veintimilla. Luego de varias reformas al Código de Comercio, mediante Decreto Supremo No. 1147 de 29 de noviembre de 1963, publicado en el Registro Oficial No. 123 del 7 de diciembre de 1963, la Junta Militar de Gobierno realiza reformas a la legislación aplicable al contrato de seguro, salvo las disposiciones al seguro marítimo que permanecieron en el Código de Comercio. El Decreto Supremo que regula el contrato de seguro, está vigente hasta la actualidad, la normativa respecto a la constitución, estructura y conformación de las personas que conforman el sistema asegurador, la encontramos en el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III, Ley General de Seguros<sup>46</sup>.

## **2. Antecedentes del Seguro de Responsabilidad Civil**

Desde la perspectiva jurídica la responsabilidad civil y el contrato de seguro se encuentran relacionados de una manera muy cercana, la evolución del concepto de responsabilidad civil ha incidido de manera significativa en el desarrollo de un seguro que le otorgue cobertura, y a la inversa: el desarrollo del seguro ha permitido ampliar la

---

<sup>43</sup> No existiendo equivalente en castellano el autor lo traduce como “el que escribe debajo”

<sup>44</sup> Efrén Ossa, *Teoría General Del Seguro*, 434.

<sup>45</sup> Eduardo Peña Triviño, *Manual de Derecho de Seguros*, 3.

<sup>46</sup> Registro Oficial 403 de 23 de noviembre de 2006.

esfera conceptual de la responsabilidad civil, de manera que gracias a la existencia del seguro se ha pasado de la responsabilidad por culpa a responsabilidad por riesgo.

Por otro lado, esa misma evolución ha propiciado que el seguro de responsabilidad civil salga de la esfera de ser una cobertura de protección al patrimonio del asegurado, a ser una cobertura de protección a terceros por las actividades riesgosas desarrolladas por los tomadores, convirtiéndose, para ciertas actividades, en seguros obligatorios, actividades que no pudieran desarrollarse y concebirse sin la existencia del seguro.

El seguro de responsabilidad civil, es un seguro relativamente reciente, puesto que en la historia se han presentado significativos aspectos que obstaculizaron su desarrollo; en primer lugar, la construcción jurídica tradicional de la responsabilidad civil: “*no hay responsabilidad sin culpa*” aunque en el ámbito civil dicha construcción se encuentra vigente tanto en responsabilidad civil contractual como extracontractual, esta concepción, como veremos más adelante, ha debido romperse para lograr un desarrollo del seguro de responsabilidad civil; y, en segundo lugar, la “inasegurabilidad” de la culpa del asegurado, siendo un elemento esencial del contrato de seguro la incertidumbre de que el hecho riesgoso ocurra, que éste hecho sea un evento no previsible o no provocado por la acción del hombre, llegó a considerarse inmoral la contratación o existencia de un seguro que cubriera los “cuasidelitos” que pudieran ser cometidos por el asegurado o sus dependientes, ya que se consideraba que sólo se estaría estimulando que los hombres actúen con negligencia.

Ricardo Alonso como ejemplo de este marco ideológico en contra de asegurar la responsabilidad civil cita la sentencia del Tribunal de París de 25 de enero de 1844 en la que se establecía que: “*es contrario al orden público el admitir un seguro que cubra los cuasidelitos que pueden ser cometidos por el asegurado o las personas que éste emplea, pues dicho seguro supone un estímulo a la apatía y a la negligencia de las personas.*”<sup>47</sup>

Posteriormente, gracias a la industrialización y el incremento de posibles y graves accidentes que las actividades industriales conllevan, la sociedad repara sobre lo pernicioso que sería para el industrial soportar la carga económica de asumir los daños intencionalmente causados por su actividad, por lo que se busca desplazar dichas consecuencias económicas hacia un tercero que esté en condiciones de asumirlas. Así, el

---

<sup>47</sup> Alonso Soto, Ricardo José, “Responsabilidad Civil y Seguro,” en *Anuario de La Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid, Ejemplar Dedicado a: La Responsabilidad En El Derecho*, n.d., 193–204.

seguro evoluciona al tiempo que el desarrollo tecnológico e industrial, haciéndose imprescindible, hasta nuestros días, en varias actividades económicas o proyectos.

Por su parte, la cobertura de la culpa se amplió con el pasar de los años, se motivó una gran discusión jurisprudencial que finalmente concluyó con la aceptación de la asegurabilidad de la culpa del asegurado, bajo el entendido que, entre el evento acaecido y el daño causado, no interviene su voluntad, sino que concurre con otras causas de modo que siempre hay un cierto grado de imprevisibilidad, contrario sensu, la existencia de previsión y provocación del resultado entrañaría dolo.

Se mantiene entonces, como límite la inasegurabilidad del dolo y de la culpa grave; sin embargo, en el seguro de vida, por ejemplo, la provocación del evento como el suicidio es asegurable (bajo el entendido que el seguro de vida no es un seguro de responsabilidad civil). Se concluyó además que el seguro de responsabilidad civil no es contrario a la moral, pues la intencionalidad de causar daño no existe y por consiguiente tampoco está presente la intención de cometer fraude contra el asegurador.

Ricardo Alonso cita como ejemplo de esta etapa ideológica de moralidad del seguro civil la sentencia de la Corte de París de 1 de julio de 1845: *“no presumiéndose nunca ni los delitos ni el fraude, y no pudiendo prohibirse un contrato por el hecho de prever un acontecimiento excepcional, tampoco pueden ser prohibidos los seguros en base a que, en algunos casos, podrían incitar a los asegurados a cometer delitos o cuasidelitos...; un seguro que tiene por objeto garantizar al propietario o al que utiliza los vehículos contra la responsabilidad civil de los accidentes que éste puede ocasionar no tiene nada de ilícito y, en consecuencia, tal seguro es obligatorio”*<sup>48</sup>

A medida que avanzamos en el tiempo, debido al constante desarrollo tecnológico e industrial surgen nuevas necesidades, se presentan nuevos riesgos que desbordan la construcción del seguro de responsabilidad civil o ponen en evidencian lo inadecuado u obsoleto del seguro basado en la culpa del asegurado, llegamos así a otra fase de la evolución del seguro de responsabilidad civil: aquella que se sitúa entra la responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo.

Sucede entonces que las circunstancias que rodean un evento dañoso tienen otras características: el hecho de que los daños se produzcan aun cuando el asegurado hubiere adoptado la mayor diligencia posible, y sin que medie culpa de alguien, o mediando culpa se desconoce la persona que provocó los daños. Con estas características se debe concluir

---

<sup>48</sup> Alonso Soto, Ricardo José.

que la culpa no sirve como único criterio de imputación, dando esenca preponderante al elemento del daño injustamente producido. Surge así el criterio objetivo o de responsabilidad basada en el riesgo, la llamada responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo cuya característica esencial consiste en que se responde por haber creado la situación de riesgo aun cuando no exista culpa por parte del responsable.

Conforme a este criterio, se pone el acento en la reparación del daño más que en la intencionalidad de la persona que lo causa. Junto con esta evolución del concepto de la responsabilidad civil interviene con un papel protagónico la existencia del seguro, puesto que, sin su presencia, nunca se podría haber dado este paso en la construcción de la responsabilidad objetiva.

Se produce un cambio en la concepción del seguro de responsabilidad civil que deja de cumplir una función exclusiva de tutela de los intereses del asegurado para transformarse en un seguro que cubre los daños ocasionados a una tercera persona. El seguro adquiere de este modo, una función social; se convierte en una figura de interés general de la sociedad, propugnándose para ello incluso el seguro con carácter obligatorio y general para el desarrollo de determinadas actividades que revisten un mayor riesgo, con respecto a los cuales las principales ventajas son: evitar la determinación de la existencia de responsabilidad, liberar al responsable del pago de la indemnización, ofrecer a las víctimas garantía de reparación del daño causado; y, por último, lograr tranquilidad social.

De esta manera el autor citado llega a la última etapa de la evolución del seguro de responsabilidad civil, la denominada *socialización del riesgo*, explicando con esta expresión que el seguro va más allá, trascendiendo la esfera del daño patrimonial del asegurado para convertirse en seguro a favor de las víctimas.

Sin embargo, continúa el autor, el hecho de que el costo del seguro no pueda imponerse a las posibles víctimas, como en los seguros sociales, por no pertenecer a una masa homogénea de personas, hace que prevalezca como interés tutelado, primordialmente, el del asegurado y no el interés social, por ello aparecen los fondos públicos de seguro para hacer frente a determinados riesgos, al respecto y a manera de ejemplo revisaremos brevemente lo que sucedió en nuestro país con el SOAT manejado en primera instancia por aseguradores privados, aunque controlado por el Estado, pasó luego a manos de éste último bajo la denominación de “ Sistema Público para Pago de Accidentes de Tránsito (**SPPAT**)”.

### 3. Antecedentes del seguro de fianza

Manuel Molina Bello, en su libro *La Fianza, Como garantizar sus Obligaciones con Terceros*<sup>49</sup>, analiza los antecedentes más remotos de esta institución hasta llegar a nuestros días. A continuación, las principales referencias históricas:

En el Código Hammurabi, se encuentra una forma de fianza relacionado con la disposición de los esclavos, al ser un bien de propiedad de su dueño, éste podía entregarlos en garantía de una deuda.

En Egipto encontramos una especie de manifestación de fianza en las relaciones internacionales entre civilizaciones. Los tratados de paz y hermandad se garantizaban por medio de juramentos que se recogían en textos que eran intercambiados y luego depositados al pie de sus respectivas deidades a quienes se consideraban testigos, en respaldo efectivo de cumplimiento de las obligaciones de paz contraídas. En estos pactos se hacía referencia en primer lugar a la historia de guerra entre los pueblos, en segunda instancia se describía el compromiso de los reyes de mantener la paz y los compromisos mutuos de no agresión, posteriormente se desarrollaba el compromiso de socorrerse en caso de amenazas de terceros, y finalmente se describía la presencia de sus dioses quienes eran los testigos del respeto a los compromisos adquiridos.

Continuando con el devenir de los tiempos, Molina Bello encuentra que en una de las parábolas del Rey Salomón se describe textualmente lo siguiente: "*cualquiera que se convierta en fiador de un extraño tendrá que arrepentirse*" por lo que concluye que en Israel, la fianza ya fue conocida en el año 922 a. C., a criterio del autor este presupuesto en la época actual estaría errado ya que una institución fiadora puede obtener las garantías suficientes que cubran el pago al beneficiario de la fianza, el criterio del autor se circunscribe por supuesto a la fianza mercantil y aunque es el ideal legal y comercial que el fiador cuente con las suficientes garantías (contragarantías) muchas veces un mal análisis de riesgo puede ocasionar que no haya el suficiente respaldo.

Dracón como legislador extraordinario en Atenas (621 a. C.) promulgó normas en extremo severas para los deudores, cuya realidad económica se agravaba día tras día, pues el dinero se prestaba con garantía de la persona del deudor y los incapaces de cumplir con su obligación quedaban sometidos a la esclavitud. Posteriormente, se atenúo la dureza de

---

<sup>49</sup> Manuel Molina Bello, *La Fianza Cómo Garantizar Sus Obligaciones Con Terceros*, Primera Edición (México: McGraw-Hill, 1994).

la norma y se prohibió que todo préstamo de dinero o cualquier otro objeto sea garantizado con la persona del deudor.

Roma gozaba de un concepto más avanzado de fianza, en primer lugar, se consideraba a la fianza un contrato accesorio que para existir requería de la existencia de una obligación principal válida, de esta manera una persona (el fiador) se obliga a cumplir en el caso de que el deudor, sujeto pasivo de una obligación garantizada, no cumpliera.

Una de las formas de garantizar la obligación en Roma era la *fideiussio*, institución que, gracias a Justiniano, introdujo en favor de los fiadores el beneficio conocido como *excusio*, que consistía en que el fiador podía exigir que el acreedor, antes que se le exigiera como garante, persiguiera primero al deudor, es decir primero ejecute la obligación principal antes que la accesorio.

Cuando en Roma se reglamentó la propiedad, se estableció que todo propietario podía protegerse de los daños que le amenazaban desde otras propiedades, pudiéndose obligar al vecino a otorgar una fianza en garantía del pago de un posible siniestro. Si se verificaba el daño y la culpa o dolo del vecino éste tenía que responder, si el daño era producido por fuerza mayor, el perjudicado no tenía derecho a reclamar. De la misma manera, en ejercicio del derecho de propiedad, en Roma el deudor podía garantizar el pago de una deuda a través de lo que hoy conocemos como garantías reales (prenda e hipoteca) en caso de incumplimiento el acreedor accedía a los bienes y los vendía para con el producto de esta venta satisfacer su acreencia.

A criterio del autor previamente citado, en la práctica jurídica se prefería la garantía personal, a través de la solvencia del fiador, por no existir despojo de la posesión del bien. El fiador era requerido, después de haberse requerido al deudor, operaba entonces la subrogación de los derechos del acreedor a favor del fiador quien se constituía en acreedor del deudor. Describe Molina Bello que una vez satisfecha la deuda por el fiador, éste privaba de la libertad al fiado y lo exhibía públicamente en las plazas con el fin de que alguien que identifique al deudor respondiera por él. Esta exhibición se realizaba por tres ocasiones cada veinte días, si ningún interesado en el deudor se presentaba, el ahora acreedor (antes fiador) podía venderlo; y, de haber concurrencia de acreedores el producto de la venta era repartido en proporción a las deudas.

Posteriormente este sistema fue suprimido y el encarcelamiento privado por deudas se dejó insubsistente, hasta la actualidad se mantiene dicho principio, en nuestra Constitución se garantiza este derecho de libertad en el artículo 66 numeral 29 literal c):

*“ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias”*

Antes de que los españoles llegaran a América, los aztecas usaban el afianzamiento familiar, como una forma de garantizar el pago de una deuda, cuando un deudor no tenía la solvencia para asumir su obligación tenía que pagar en vida con sus servicios como esclavo a su acreedor, y si moría, la deuda la asumía el hijo por herencia. Los miembros de la familia fiadora podían relevarse cada determinado tiempo y la muerte de alguno de ellos no libraba la deuda de los demás.

#### **4. Descripción y operatividad del seguro de responsabilidad civil y fianza en el campo de los efectos contractuales**

Una vez que hemos analizado sus antecedentes, a continuación, revisaremos los efectos contractuales del seguro de responsabilidad civil y de la fianza, con este acercamiento comprenderemos el por qué se busca resarcir daños al medio ambiente a través de estas coberturas o seguros.

##### **4.1. De la responsabilidad civil**

La responsabilidad, a decir de Hernán Mejía Delgado<sup>50</sup> entraña una relación entre personas, una que causa el daño y otra que lo sufre. El autor distingue dos tipos de responsabilidad: moral y jurídica. El primer tipo de responsabilidad a criterio del autor responde a tendencias religiosas o espirituales donde predominan Dios y la conciencia, mientras que a la responsabilidad jurídica la sub clasifica en: responsabilidad penal, cuando el obligado asume consecuencias de carácter punitivo por haber afectado un bien tutelado jurídicamente, o responsabilidad civil en los casos determinados por la Ley, en donde la reparación del bien afectado es la consecuencia sin llegar a pagar una pena o sanción penal.

Dentro de la responsabilidad civil los daños pueden ser materiales o morales, Juan Díaz-Granados<sup>51</sup> indica que un daño moral implica un sufrimiento o aflicción psicológica que sea susceptible de cuantificarse objetivamente por un juez. Sobre la naturaleza jurídica del daño moral, el Tratadista Arturo Alessandri señala que: *“El daño moral puede*

---

<sup>50</sup> Mejía Delgado, Hernán, *Gestión Integral de Riesgos y Seguros. Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria*, 260.

<sup>51</sup> Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel, *El Seguro de Responsabilidad* (Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2006), 72.



*no tener ningún efecto patrimonial...Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos...es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral”<sup>52</sup>*

En este punto, me parece oportuno destacar la distinción sobre daño moral y material que realiza la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha en la sentencia de 24 de octubre de 2012 del juicio ordinario No. 1050-2011: *“La Doctrina distingue entre los daños materiales o patrimoniales directos; los primeros están constituidos por la pérdida o menoscabo del patrimonio de una persona, que se traduce generalmente en el daño emergente y lucro cesante, así la destrucción de una cosa que es la fuente del ingreso económico de la víctima implica el valor real del bien, así como el beneficio o ganancia que ese bien producía a su propietario; el accidente que produce una incapacidad total o parcial para trabajar; entre otros, son fuente de este tipo de daño material directo; en el segundo caso, los daños inmateriales lesiona un derecho extra patrimonial que no conllevan un daño directo al patrimonio, si lesionan a la persona en el orden afectivo, causándole dolor y sufrimiento, como ocurre en el caso del daño moral.”*

#### De las fuentes de la responsabilidad

La responsabilidad puede devenir por la ejecución de un contrato previamente celebrado entre partes (responsabilidad contractual) o por la ejecución de un acto que no tiene de base una relación contractual previa (responsabilidad extracontractual)

En el primer caso, el incumplimiento total, incumplimiento deficiente o parcial, cumplimiento fuera de plazo o inoportuno (que es incumplimiento) de las obligaciones

---

<sup>52</sup> Alessandri, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 164, 165

contractuales que genere un daño a la parte cumplida o acreedor, acarrea responsabilidad civil contractual. Mejía Delgado divide en dos las obligaciones contractuales:<sup>53</sup> de medio y de resultado, siendo las primeras aquellas donde el deudor garantiza emplear los mejores mecanismos, técnicas, conocimientos, procedimientos o diligencia requerida sin garantizar un resultado, a diferencia de las segundas donde la entrega, del objeto del contrato es el resultado final, esperado y garantizado, el acreedor se afecta por no obtener la prestación convenida en el contrato.

Díaz-Granados<sup>54</sup> analiza que el incumplimiento de las obligaciones contractuales, al llevar implícita la voluntad de la parte obligada, no pueden ser objeto de seguro pues podría presentarse un deliberado incumplimiento de la parte obligada, circunstancia contraria a la aleatoriedad del contrato de seguro, por ello los seguros de responsabilidad civil serán necesariamente extracontractuales o simplemente seguros de responsabilidad civil. El autor indica que para los casos contractuales existen los seguros de cumplimiento o fianza que serán analizados más adelante y que en nuestro país nacen de disposiciones legales de carácter público o de contratos privados.

Bajo el seguro de responsabilidad civil el asegurador indemniza al asegurado por el menoscabo que pueda sufrir su patrimonio a consecuencia de la reclamación de un tercero, por un daño producido por el mismo asegurado o personas que dependan de él o se encuentren bajo su cuidado.

El seguro de responsabilidad civil se encuentra regulado en nuestra legislación en el Decreto Supremo 1147, publicado en el Registro Oficial 123 de 07 de diciembre de 1963, contenido en el Código de Comercio, a partir del artículo 50, artículo que textualmente determina lo siguiente: “*Art. 50.- En los seguros de responsabilidad civil, el asegurador debe satisfacer, dentro de los límites fijados en el contrato, las indemnizaciones pecuniarias que, de acuerdo con las leyes, resulte obligado a pagar el asegurado, como civilmente responsable de los daños causados a terceros, por hechos previstos en el contrato.*”

El objeto asegurable entonces, es el patrimonio del asegurado, que sufriría un menoscabo o disminución por una obligación de resarcimiento consecuente de su propia responsabilidad. No obstante, no hay que perder de vista que, el daño originario lo sufre

---

<sup>53</sup> Mejía Delgado, Hernán, *Gestión Integral de Riesgos y Seguros. Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria*, 261.

<sup>54</sup> Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel, *El Seguro de Responsabilidad*, 120.

el tercero que reclama al asegurado una indemnización cuya obligación se desplaza en todo o en parte a la aseguradora en virtud del contrato.

Por otra parte, el asegurado se encuentra expuesto a tener que asumir su defensa (judicial) por la reclamación del perjudicado encaminada a obtener la reparación del daño, la legislación prevé que estos gastos de defensa, incluso de reclamaciones infundadas, serán asumidas por el asegurador, a menos que contractualmente se convenga cosa distinta, así lo determina el artículo 51 de la norma antes citada: *“Salvo pacto en contrario, corren a cargo del asegurador, dentro de los límites de la garantía pactada, los honorarios y gastos de toda clase que se produzcan con motivo de la defensa civil del asegurado, incluso contra reclamaciones infundadas.”*

Ricardo Alonso Soto comenta sobre el seguro de Responsabilidad Civil que es un seguro a favor de las víctimas o del tercero perjudicado, con este tipo de seguro se trata de dotar a la víctima de máxima protección jurídica, concluye el autor: *“alguna de las carencias que presentaba el seguro de responsabilidad civil que, al no estar configurado como un seguro en favor de tercero, no permitía que la víctima se dirigiera directamente contra la compañía aseguradora ni tampoco la dejaba inmune frente a las condiciones del seguro pactadas entre el asegurador y el asegurado. La evolución legislativa hacia la naturaleza social del seguro se refleja en esas dos características: de un lado, la obligatoriedad y, de otro, la de ser un seguro en favor de las víctimas”*<sup>55</sup>.

No obstante, nuestra legislación determina de manera tajante que el tercero no tendrá acción directa contra la aseguradora, el seguro de responsabilidad civil no es un seguro estipulado a favor de terceros, el mismo artículo determina que aquello no obsta para que el asegurador adopte las providencias necesarias a fin de evitar que el asegurado obtenga ganancias o lucro del contrato<sup>56</sup>. Si bien la norma es categórica, la necesidad y obligación de reparar el daño permite que en la práctica la norma se sensibilice con ciertos matices.

Sin embargo, si la responsabilidad del asegurado no es clara o es discutible, una de las formas de evitar un pago indebido, es no responder ante reclamaciones extrajudiciales, sino verificar que un juez, árbitro o tribunal arbitral después de un debido proceso determine, mediante fallo o laudo ejecutoriado, el monto de la indemnización por el daño causado al tercero, la obligación del asegurador no se activa mientras no exista

---

<sup>55</sup> Alonso Soto, Ricardo José, “Responsabilidad Civil y Seguro.”

<sup>56</sup> Artículo 53 DS 1147 de 6 de diciembre de 1963, Código de Comercio.

sentencia judicial que determine la responsabilidad del asegurado; por el contrario, si la reclamación del tercero no se ejerce, no se producirá la consecuente determinación de responsabilidad del asegurado y finalmente la cobertura en este tipo de seguro.

Eduardo Peña Triviño explica que la cobertura de responsabilidad civil puede también activarse por el expreso reconocimiento de responsabilidad de quien provocó el daño, siendo este el caso debe existir la aprobación escrita del asegurador, este acuerdo debe estar desprovisto de fines colusorios.<sup>57</sup> A criterio de este autor la comprensión social ha permitido que en nuestro medio este tipo de cobertura surta efectos poco después de que los terceros resulten perjudicados, sin activar acciones judiciales para que puedan ser indemnizados, sobre todo tratándose de muertos, heridos o bienes destruidos en accidentes de tránsito, cuando esta cobertura se contrata conjuntamente con la cobertura de daño de automotores, que en nuestro país es la de mayor desarrollo por la masificación o volumen de ventas y siniestros.<sup>58</sup>

Como se mencionó en líneas anteriores, la norma que contiene el artículo 53 del Decreto Supremo 1147, se flexibilizó con los seguros obligatorios en virtud de la urgente necesidad de atender a la víctima o familiares de las víctimas, indemnizando de manera más rápida sin la necesidad de acciones legales en las que intervenga el asegurado, un ejemplo de ello fueron los seguros obligatorios de accidentes de tránsito SOAT que durante casi seis años fueron ofertados por aseguradoras y controlados por la entonces Superintendencia de Bancos y Seguros, hasta que a partir del 1 de enero de 2015 con la reforma a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial<sup>59</sup> se sustituyeron por el Sistema Público para Pago de Accidentes de Tránsito SPPAT con cobertura en la prestación de servicios de salud por siniestralidad vial administrado por el Estado a través de oficina adscrita al Ministerio de Transporte y Obras Públicas<sup>60</sup> y financiado por el pago de tasa en la matriculación de vehículos a motor.

El doctor Peña Triviño considera que son excepciones al artículo 53 tanto los seguros obligatorios de accidentes de tránsito como los seguros de responsabilidad civil por daños al ambiente, este tipo de cobertura dentro del seguro de responsabilidad civil será revisada con mayor detalle en el capítulo III de este trabajo.

---

<sup>57</sup> Eduardo Peña Triviño, *Manual de Derecho de Seguros*, 161.

<sup>58</sup> Eduardo Peña Triviño, 162–63.

<sup>59</sup> Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 407 de 31 de diciembre del 2014.

<sup>60</sup> Decreto Ejecutivo 805, publicado en el Registro Oficial 653 de 25 de noviembre de 2015.

Finalmente, nuestra legislación prevé el seguro de responsabilidad civil profesional, tendiente a garantizar el pago de indemnizaciones que está obligado a pagar un profesional por daño a una persona usuaria de sus servicios, siempre y cuando medie una causa no intencional, el ejemplo al que más se recurre es el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio profesional de los médicos. Nuestra norma<sup>61</sup> hace la aclaración, a mi criterio innecesaria, de que la profesión debe ser reconocida por el Estado para que sea válida la contratación de este tipo de seguro, sería una ligereza en la suscripción que una compañía aseguradora no verifique la acreditación en el país de una profesión y el aval académico del profesional otorgado por una institución de educación superior legalmente autorizada. Por otro lado, se menciona que será nulo de nulidad absoluta el contrato celebrado con una profesional que al momento de contratar el seguro, no se encontraba habilitado para el ejercicio de la profesión, podría tratarse en este caso de que la aseguradora habiendo verificado el reconocimiento del Estado de la institución superior, así como la aparente presencia física del documento habilitante, fue el asegurado quien faltando a la verdad llevó a la aseguradora a cometer un error respecto a su persona y su competencia académica.

#### **4.2. De la fianza**

Luis Ávila Merino<sup>62</sup> cita la definición de fianza del autor José Luis Aguilar: “*La fianza es el contrato por el cual una persona llamada fiador se obliga frente al acreedor de otra, de cumplir la obligación de ésta si el deudor no la cumple*”

Por su parte, nuestro Código Civil en el artículo 30 determina que la fianza es una especie de caución y que la caución es una obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena.

A su vez el Código de Comercio en el artículo 602 y siguientes determinan que la fianza será mercantil cuando el objeto sea asegurar el cumplimiento de una obligación mercantil, pudiendo el fiador estipular una retribución por la responsabilidad que asume. La fianza que nos ocupa por la materia objeto de este trabajo es la fianza mercantil.

Como se desprende de la definición citada y de las normas referidas, encontramos tres personas en esta relación: el fiador (banco o aseguradora) que se obliga frente al

---

<sup>61</sup> Artículo 54 Decreto Supremo 1147

<sup>62</sup> Luis Avila Merino, *La Fianza Mercantil*, Primera (Universidad Católica Andrés Bello, 2002), 10.

acreedor a cumplir la obligación si el deudor no la cumple; el acreedor (afianzado, asegurado) titular del crédito que se garantiza o beneficiario final de la prestación debida por el deudor; y, el deudor (afianzado).

Para que la fianza exista requiere de un contrato u obligación principal que es la del acreedor y deudor (contratante-contratista) por tanto el contrato de fianza es un contrato accesorio y como tal seguirá la suerte del principal, de tal manera que, si el primero pierde vigencia, se anula o deja de surtir efectos jurídicos, el contrato accesorio o de fianza tendrá la misma suerte.

Por otra parte, el fiador no podrá obligarse a nada más de lo que deba el afianzado o deudor, y una vez que el fiador pague lo debido por el afianzado, podrá repetir contra este lo que asumió incluso cobrando a través de las garantías que el afianzado haya rendido en garantía (contragarantía) de la obligación.

La regulación sobre fianzas otorgadas por las compañías aseguradoras se encuentra establecida en el tercer libro, Ley General de Seguros, del Código Orgánico Monetario y Financiero, a partir del artículo 43.

Las compañías de seguros podrán otorgar fianzas, siempre que estén autorizadas previamente por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, para lo cual en primer lugar la compañía analizará el riesgo, en este análisis de riesgo tomará en cuenta varios componentes a saber: a) al afianzado (contratista) cuál es su experiencia en el mercado y en contratos similares, cuál ha sido su nivel de cumplimiento con otras entidades contratantes y con otros acreedores, capacidad financiera, capacidad técnica para cumplir el contrato; b) contrato afianzado, es decir el contrato principal, esto es muy importante porque de esta manera se conocen los deberes y obligaciones que debe asumir el contratista y por tanto los deberes y obligaciones que la compañía aseguradora afianzará, el análisis del contrato no solo permitirá conocer el objeto del contrato sino también otras estipulaciones importantes como plazo, precio del contrato, anticipo, cronogramas de ejecución de la obra, métodos de resolución de conflictos, causales de terminación del contrato, mecanismos de entrega de anticipos y liquidaciones parciales, multas, etc.; c) contragarantías disponibles, que será fijada de acuerdo al valor asegurado y vigencia de la garantía o fianza, la contragarantía servirá para que el asegurador recupere el valor indemnizado, en el caso de que llegue a pagar al asegurado por

incumplimiento del afianzado<sup>63</sup>, las contragarantías a las que más se recurre son prendas, hipotecas y en determinadas ocasiones cuando el monto asegurado es importante y el anticipo entregado es cuantioso, se pueden constituir fideicomiso de administración de flujos o manejo conjunto de las cuentas. La prima será fijada en base al riesgo, plazo y monto asegurado.

Una precisión importante que es necesario destacar es que en nuestra legislación se prevé que las fianzas cumplirán las características de ser incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato. Estas características son propias de las garantías emitidas para afianzar los contratos celebrados con instituciones públicas, con el fin de precautelar el interés y los dineros públicos invertidos en la celebración de los contratos y la ejecución de las obras<sup>64</sup>.

La incondicionalidad de la garantía implica que la compañía afianzadora no podrá condicionar el pago cuando el asegurado lo requiera; sin embargo debemos tomar en cuenta que de acuerdo al artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a: 1. Establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, 2. Realizar la liquidación financiera y contable, 3. Ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato.

Como vemos si bien la compañía de seguros no puede condicionar la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo a la entrega de documentación, la entidad contratante no puede pedir su ejecución sin que antes haya terminado el contrato, de acuerdo al procedimiento legalmente establecido y se haya emitido la resolución respectiva por la máxima autoridad de la institución; y, en cuanto a

---

<sup>63</sup> Art. 47.- El asegurador tendrá acción contra el afianzado para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aun cuando dicho pago haya sido ignorado o rechazado por éste. Para este efecto la póliza en la que conste haberse efectuado el pago o el recibo de indemnización, constituirá título ejecutivo. Las contragarantías entregadas por el afianzado a la empresa de seguros podrán ser ejecutadas hasta por el monto demandado o adeudado, por los pagos parciales o cargos provenientes de las pólizas y de sus renovaciones realizadas por las empresas de seguros.

<sup>64</sup> Art. 42...

...Adicionalmente, tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las compañías de seguros deben emitirlas cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, por lo que tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado, dentro del plazo de diez (10) días siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución...

la garantía de buen uso de anticipo servirá para disminuir la parte amortizada, la liquidación financiera del contrato.

La irrevocabilidad de la garantía implica que la compañía de seguros no podrá por su sola voluntad decidir no continuar afianzando la obligación, uno de los efectos de esta condición es que la garantía debe mantenerse vigente, la compañía de seguros no puede oponerse a renovar la garantía si así fuese solicitado por el afianzado o el asegurado, empero si ninguno de los dos ha solicitado tal cosa la responsabilidad de la compañía se extinguirá, así lo determina el artículo 45, literal e) que señala: “Art. 45 La responsabilidad de la empresa de seguros termina: ...e) Por no haberse solicitado la renovación de la póliza o la ejecución de las fianzas, dentro de su vigencia”

Sobre la obligación de solicitar la renovación o la ejecución de la garantía durante su vigencia existe un pronunciamiento claro del Procurador General del Estado ante una consulta formulada por la entonces Superintendencia de Bancos y Seguros, la consulta se formula en el sentido de que si existe disposición legal que obligue a las compañías de seguros a renovar automáticamente las fianzas dentro de la vigencia de las mismas; y, si es obligación del contratista (afianzado) o del asegurado (entidad del Estado) solicitar su renovación dentro de la vigencia de las mismas so pena de que pierdan vigencia y en consecuencia termina la responsabilidad de la aseguradora.

Se absolvió la consulta indicando que: en caso de que el contratista o el asegurado no solicitaren la renovación de las fianzas de seguros, o la ejecución de las mismas dentro de su vigencia, pierden su efectividad y termina la responsabilidad de la empresa de seguros; adicionalmente se indica que: *“los modelos de pliegos aprobados por el INCOP, establecen como obligación del contratista renovar las garantías “cinco días antes de su vencimiento”, por lo que las entidades contratantes, bajo su responsabilidad, deben incluir dicha estipulación en los pliegos que elaboren y aprueben para cada contratación. Corresponde además, tanto al administrador del contrato, en base de lo dispuesto en el artículo 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y al Tesorero de la entidad que custodia las garantías, en virtud del numeral 403-12 de las Normas de Control Interno para las entidades, organismos del sector público, velar porque estas garantías se mantengan en vigencia hasta el total cumplimiento de las obligaciones garantizadas o informar al nivel superior*



*para que se proceda a su ejecución, si la renovación no se efectuare cinco días antes de su vencimiento”<sup>65</sup>.*

Queda claro entonces que la compañía de seguros debe renovar la garantía a pedido del asegurado o afianzado, pero no es su obligación renovarla automáticamente, el inconveniente real que muchas veces se presenta para las compañías de seguros es que el afianzado después de la emisión de la garantía con la primera vigencia, no es ubicable porque se encuentra en la obra; o, en el escenario más negativo porque deliberadamente no responde, lo que es una señal grave de que podría eventualmente no cumplir el contrato principal, al no tener contacto con el afianzado las primas por renovación no son asumidas y esto genera una cartera vencida que se convierte en una gran bola de nieve, ocasionándose pérdidas para las compañías pues de las primas por renovación generan impuestos y contribuciones que deben asumirse.

Finalmente, la última de las características es el pago inmediato, afortunadamente el artículo 42 de la Ley General de Seguros establece un tiempo más o menos razonable para que las compañías asuman la obligación de pago (diez días plazo) el legislador ha sido razonable en incrementar de cuarenta y ocho horas a diez días plazo el tiempo de pago, este tiempo permite a la compañía de seguros requerir al reasegurador la parte proporcional que le correspondiere en la participación del siniestro.

En el objeto materia del presente trabajo -el seguro en materia ambiental- encontraremos que en nuestra legislación el licenciamiento ambiental de obras o actividades requerirá de un Plan de Manejo Ambiental que será afianzado a través de una garantía de fiel cumplimiento de plan de manejo ambiental, este tipo de requisito será analizado en más detalle en el Capítulo III.

---

<sup>65</sup> OF. PGE. No.: 12538 de 25-02-2010 de 11 de febrero de 2010, publicado en el Registro Oficial 174 de 19 de abril de 2010.



## Capítulo Dos

### 1. Daño Ambiental

Desde el punto de vista jurídico, para que exista un daño, es preciso que previamente un bien tenga la suficiente atención o interés social para que el Estado, a través del Derecho, deba protegerlo o tutelarlos y por tanto sea un bien jurídico. Es así como para definir daño ambiental es necesario primero, definir el concepto de ambiente<sup>66</sup> como bien jurídicamente protegido.

Para Henry Alexander Mejía, la definición de ambiente según la doctrina es dividida, ya que encontramos definiciones restringidas y amplias. En las primeras se incluyen los elementos o recursos naturales (aire, agua, suelo, flora y fauna), mientras que en el segundo grupo de definiciones se contiene una perspectiva antropocéntrica, por tanto, se incluyen además de los elementos naturales, al hombre como parte de la naturaleza y al beneficio que estos recursos generan para él. Y aún más allá, en definiciones con mayor amplitud, se incluye a todo el ambiente que circunda al ser humano, tanto natural como artificial, es decir los elementos contruidos por el hombre; y, además los componentes sociales y culturales que en determinado tiempo y espacio se crean para la satisfacción de las necesidades humanas, tanto individuales como colectivas.<sup>67</sup>

Para Rosa M. Arce Ruiz, la definición de medioambiente con contenido holístico o sin él, varía según la perspectiva del autor, su especialización y campo científico

---

<sup>66</sup> Una de las primeras dificultades en la materia, específicamente en el idioma español, es la discusión semántica sobre el uso del término “ambiente” o la expresión “medio ambiente”, a criterio de los autores Henry Alexander Mejía y Rosa M. Arce Ruiz la expresión “medio ambiente” es redundante y lo correcto sería simplemente utilizar la palabra “ambiente” sin embargo, su uso parece inevitable ya que la Real Academia de la Lengua ha definido de manera concreta “medioambiente” como el conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo; y, gran número de legislaciones ha adoptado esta expresión. Sin embargo, en Ecuador, el constituyente de Montecristi, al hacer referencia a los derechos de la naturaleza y el derecho de los ciudadanos a gozar de ella, hace uso de la palabra “ambiente” y solamente en un artículo se refiere a “medio ambiente” bajo el mismo contexto; de igual manera el Código Orgánico de Ambiente solamente en un artículo se refiere a “medio ambiente” inclusive la Cartera de Estado a diferencia de otros países se denomina Ministerio de Ambiente y no de Medio Ambiente; no obstante, pese al uso más frecuente de “ambiente” en lugar de “medioambiente” su alcance es igual en nuestra legislación.

<sup>67</sup> Henry Alexander Mejía, *Responsabilidad Por Daños Al Medio Ambiente*, Primera (San Salvador, El Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, n.d.), 55.

determinado. La restricción de la definición en ocasiones es voluntaria para delimitar los límites del trabajo a un campo de estudio determinado<sup>68</sup>.

En cuanto a definiciones restringidas encontramos al autor Martín Mateo, citado por Henry Mejía que define al ambiente como: *“aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas, en definitiva, el agua, el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre en la tierra”*. Henry Mejía considera que esta definición es estricta y deja inclusive al elemento suelo fuera de ella, tal vez porque el suelo se encuentra conectado con los ciclos del agua y del aire.<sup>69</sup> Para Arce Ruiz la definición de Martín Mateo se reduce al entorno natural: aire, agua, ruido y vegetación.<sup>70</sup>

Dentro de la misma categoría de definiciones restringidas, Henry Mejía cita a Rodríguez Ramos, quien sostiene que medio ambiente *“significa recursos naturales y estos son el agua, el aire y el suelo la flora y la fauna, las materias primas, tanto energéticas como alimentarias”* el medio ambiente es *“objeto de derecho y deber personal y colectivo de conservación”*

El autor José Juan González Márquez<sup>71</sup> sostiene una definición de ambiente, que según el criterio de los autores previamente citados se encuadraría dentro de las definiciones restringidas, pero que me parece interesante a los fines de comprender el ambiente o medioambiente considerado como un sistema armonioso.

González Márquez indica que el ambiente implica dos ámbitos: uno el ambiente considerado en sí mismo, y otro las interacciones de las funciones de los elementos que lo integran. Siendo así, el ambiente es el conjunto de elementos naturales: aire, agua, suelo, (elementos abióticos) flora y fauna (elementos bióticos) y la función que cada uno de estos elementos cumplen, funciones que se relacionan y engranan con las funciones de los otros elementos. Por tanto, el autor distingue dos elementos en el concepto de ambiente: a) los elementos base, y b) los elementos función. Sobre los elementos base individualmente considerados, se superponen los elementos función porque gracias a las

---

<sup>68</sup> Rosa M. Arce Ruiz, *La Evaluación de Impacto Ambiental En La Encrucijada* (Madrid, España: La Ley Actualidad S.A., 2002), 21.

<sup>69</sup> Henry Alexander Mejía, *Responsabilidad Por Daños Al Medio Ambiente*, 53.

<sup>70</sup> Rosa M. Arce Ruiz, *La Evaluación de Impacto Ambiental En La Encrucijada*, 22.

<sup>71</sup> José Juan González Márquez, *La Responsabilidad Por El Daño Ambiental En América Latina*, Primera Edición (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2003), 14.

interacciones de las funciones de cada uno de aquellos, se configura un equilibrio ecológico.

Para una mejor comprensión de su definición José Juan González, explica que el derecho civil y el derecho administrativo se han ocupado de la protección de los elementos base individualmente considerados, así el derecho civil desde el ámbito de la propiedad privada y sobre los bienes de propiedad pública se ha ocupado el derecho administrativo. El derecho ambiental como rama autónoma se ocupa de la tutela del ambiente considerado desde la óptica de las funciones de los elementos bases y sus relaciones, su protección se despliega a través de dos fases, una preventiva y otra reparadora.

Por otro lado, en las definiciones amplias de medio ambiente, encontramos más elementos que configuran el entorno circundante del hombre en sociedad, así el autor Vicente Conesa Fdez-Vitora cita a Gómez Orea quien define a medio ambiente como: *“el entorno vital; conjunto de factores físico-naturales, sociales, culturales, económicos y estéticos que interactúan entre sí, con el individuo y con la comunidad en la que vive, determinando su forma, carácter, relación y supervivencia. No debe considerarse pues, como el medio envolvente del hombre, sino como algo indisociable de él, de su organización y de su progreso.”*<sup>72</sup>

El autor ecuatoriano Iván Narváez Quiñonez, cita la definición amplia de Rodríguez y Roggeiro sobre medioambiente: *“espacio creado por la interrelación de los elementos físicos: tierra, aire, agua y bióticos: flora, fauna y seres humanos, en cuanto el ser humano es animal racional que vive en sociedad y crea productos culturales que también son parte constitutiva del ambiente”* para los autores citados por Narváez Quiñonez *“el ambiente es algo dinámico, siempre cambiante y producto histórico de una creación social”*<sup>73</sup>

Desde el punto de vista del Derecho Ambiental, tanto a nivel internacional, regional y local se ha madurado el pensamiento ambiental desde una perspectiva amplia en relación con el hombre, la sociedad, la economía y la preocupación por el agotamiento

---

<sup>72</sup> Vicente Conesa Fdez.-Vitora, *Guía Metodológica Para La Evaluación Del Impacto Ambiental*, Tercera (Madrid, España: Ediciones Mundi-Prensa, 2000), 23.

<sup>73</sup> Iván Narváez Quiñonez, *Derecho Ambiental y Temas de Sociología Ambiental*, Primera (Quito, Ecuador: Ediciones Fausto Reinoso, 2004), 222.

de los recursos naturales y la contaminación. Esta posición se acentúa con mayor evidencia a partir de la década de los setenta. En 1972 se celebró la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente Humano en Suecia, Estocolmo, en cuyos proclamas y principios se destacó la importancia del ambiente para el desarrollo económico y cultural de la humanidad, así encontramos que en el Principio 2 se estableció: *“Los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”*

En 1992 se celebró la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Río de Janeiro, Brasil en cuyo Principio 13 se motiva a que los Estados desarrollen en su legislación nacional normas relativas a la responsabilidad e indemnización de víctimas de contaminación y daños ambientales.

Es decir, con el paso de los años encontramos que la conciencia y preocupación internacional sobre el medioambiente crece y se motiva a legislar, en un principio, sobre protección y adecuado aprovechamiento; y, posteriormente a legislar sobre sanciones e indemnizaciones. Es decir, el bien jurídico *medioambiente* se torna cada vez mejor protegido jurídicamente porque la realidad concreta de la industrialización y desarrollo generan preocupación en cuanto a su mantenimiento y conservación.

El Estado ecuatoriano también comprende al ambiente dentro de un marco conceptual amplio y holístico; así la Constitución de la República del Ecuador en su preámbulo proclama que, el pueblo soberano ecuatoriano celebra a la naturaleza, vital para su existencia y de la cual forma parte; y, decide convivir, en diversidad y armonía con ella para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*<sup>74</sup>.

Esta concepción de Buen Vivir constitucionalmente se organiza en un sistema triangular: i) por una parte, proclama a la naturaleza como sujeto de derechos<sup>75</sup>; ii) por otra parte, se establece el derecho a las personas a vivir en un ambiente sano y

---

<sup>74</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>75</sup> CRE “Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos...”

ecológicamente equilibrado<sup>76</sup>; y, iii) se declara el interés público sobre la conservación del ambiente, los ecosistemas, biodiversidad, integridad de patrimonio genético y la prevención de daño ambiental.<sup>77</sup> De todo lo dicho se concluye que el ambiente o medioambiente, es un bien jurídico, de titularidad colectiva.

Teniendo una aproximación al concepto de ambiente, es preciso que analicemos lo que jurídicamente se entiende como daño o afectación. Como se había mencionado en líneas anteriores a partir de los años setenta se hace impostergable la atención mundial por el consumo inadecuado de los recursos naturales y el cuidado del medio ambiente, era evidente que la sociedad había alcanzado altos niveles de desarrollo a partir de la revolución industrial, la población mundial había crecido exponencialmente, paralelamente el avance de la ciencia médica permitió alargar la esperanza de vida del hombre, con estos factores se hacía necesaria la producción a gran escala de alimentos con la ayuda de productos químicos que habían pasado factura a los recursos naturales involucrados, los procesos productivos de la industria ameritaban la extracción de recursos y el desecho de elementos tóxicos al ambiente, todos estos factores colocaron en la agenda mundial la inquietud por la capacidad de las generaciones presentes y futuras de aprovechar de los recursos naturales para satisfacer sus necesidades; por tanto, un menoscabo por contaminación o por uso inadecuado involucraría un daño.

José Juan González Márquez, cita la definición de daño ambiental del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente PNUMA *“un cambio que tiene un impacto adverso considerable sobre la calidad de un particular ambiente o alguno de sus componentes, incluyendo sus valores utilitarios y su capacidad para soportar una calidad de vida aceptable y sustentable y equilibrio ecológico viable”*<sup>78</sup>

El autor analiza esta definición y colige de ella que daño es *“aquel que se dirige al conjunto del medio natural, que es considerado como patrimonio colectivo, o alguno de sus componentes afectándolos de tal manera que interrumpe las funciones que éstos desempeñan en un sistema determinado, independientemente de sus repercusiones sobre*

---

<sup>76</sup> CRE “Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*...”

<sup>77</sup> CRE “Art. 14.- ...Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.”

<sup>78</sup> José Juan González Márquez, *La Responsabilidad Por El Daño Ambiental En América Latina*, 27.

*las personas o cosas*”<sup>79</sup> No considero acertada la interpretación del autor respecto a la independencia de las repercusiones sobre las personas, pues justamente PNUMA toma en cuenta que el impacto negativo (daño) afecte el potencial de sostener una calidad de vida aceptable y sustentable y ello no puede referirse a otro elemento que a la colectividad. Si analizamos la definición de daño de González Márquez la encontramos directamente proporcional a su concepto restringido de ambiente, que como se analizó precedentemente tomaba en cuenta a los elementos base y los elementos función.

Andrés Betancor Rodríguez enumera las siguientes características del daño:

- i) Se trata de un impacto que sufre la naturaleza, como consecuencia directa o indirecta de la acción del hombre. En esta característica el autor recurre al factor impacto desde un punto de vista negativo, pero más adelante se analizará el hecho de que no todo impacto es negativo.
- ii) El daño tiene una repercusión directa o indirecta en el hombre.
- iii) La valoración del daño, al ser realizada por el hombre, es una valoración parcial porque se realiza desde el punto de vista de lo que representa para el hombre la parte del ambiente afectada.
- iv) No es lo mismo daño y consumo de recurso, en tanto el consumo del recurso sea racional, es decir permita un aprovechamiento eficaz actual, sin afectar el aprovechamiento de las generaciones futuras, por el contrario, si el aprovechamiento es irracional será considerado dañoso<sup>80</sup>.

El Código Orgánico del Ambiente (en adelante CODA) vigente desde el 12 de abril de 2018<sup>81</sup>, en su Glosario de Términos define al daño ambiental como “*Toda alteración significativa que, por acción u omisión, produzca efectos adversos al ambiente y sus componentes, afecte las especies, así como la conservación y equilibrio de los ecosistemas. Comprenderán los daños no reparados o mal reparados y los demás que comprendan dicha alteración significativa.*”

Si el daño es una alteración “significativa” es preciso que la palabra *significativo* haga referencia a criterios objetivos, al respecto el profesor René Bedón Garzón indica

---

<sup>79</sup> José Juan González Márquez, 27.

<sup>80</sup> Andrés Betancor Rodríguez, *Instituciones Del Derecho Ambiental* (Madrid, España: La Ley Actualidad S.A., 2001), 1251.

<sup>81</sup> Registro Oficial Suplemento 983, de 12 de abril de 2017.



que como el término significativo no puede ser dejado al arbitrio de cada persona, corresponde al Estado establecer en la reglamentación aplicable, los límites por encima de los cuales el impacto puede ser considerado significativo, es decir, los límites permisibles y autorizados delimitan el concepto jurídico de daño ambiental<sup>82</sup>

Precisa el profesor Bedón Garzón que la definición de daño ambiental del CODA no hace ninguna distinción de los componentes del ambiente, cuando en realidad en los componentes abióticos: aire, agua y suelo si se manejan límites permisibles y criterios de calidad; y en cuanto a los componentes bióticos como flora, fauna y salud pública por falta de normatividad específica se manejan criterios subjetivos. Los límites permisibles o criterios de medición, respecto a los últimos elementos deberían ser precisados en el Reglamento al CODA para dar mayor seguridad jurídica y se atraigan inversiones; y, en el objeto concreto de este estudio, el riesgo por daño ambiental sea posible medirse objetivamente, suscribirse y de llegar el caso cubrirse sin dificultades.

Al hablar de límites, entendemos que las actividades que no superen aquellos se realizan dentro de un marco permitido, esto es lo que distingue a un impacto autorizado de uno negativo, alteración significativa o daño, como a continuación se analiza.

## **2. Impacto Ambiental**

Vicente Conesa Fdez.- Vítora, señala que toda actividad o acción humana produce una alteración favorable o desfavorable en el medioambiente o en uno de sus componentes, por lo que el término impacto no implica negatividad; en consecuencia, los impactos pueden ser positivos o negativos.<sup>83</sup>

El impacto ambiental para el autor citado es la diferencia entre la situación futura del medio ambiente, modificado por la realización de una obra o proyecto, y la situación futura del medio ambiente, sin modificación por la realización de tal obra o proyecto, es decir como esta habría evolucionado naturalmente sin la intervención del hombre. El

---

<sup>82</sup> Charla “Nuevo Código Orgánico del Ambiente” para personal de Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. Quito, 7 de mayo de 2018.

<sup>83</sup> Vicente Conesa Fdez.-Vítora, *Guía Metodológica Para La Evaluación Del Impacto Ambiental*, 25.

autor entonces nos habla de una visualización a futuro de la alteración, positiva o negativa, del ambiente resultante de la actuación del hombre.

En esta misma línea, Rosa M. Arce Ruiz considera que los impactos ambientales son los resultados de los “efectos ambientales” y va más allá en cuanto a su medición en calidad o cantidad *“Los impactos ambientales son las consecuencias o productos finales de los efectos, representados por las variaciones en los atributos del medio ambiente expresadas en términos cualitativos o cuantitativos”*<sup>84</sup>

La distinción entre impacto positivo o negativo a decir de Vicente Conesa Fdez.-Vítora, radica en la variación de la calidad ambiental, en el impacto positivo se ponderan los costes de la inversión, obra o proyecto sobre el medio ambiente frente a los beneficios genéricos para la población como económicos, mayor acceso a servicios básicos, servicios públicos, inclusión social, fuentes de trabajo, etc.

Además de la clasificación de impacto positivo y negativo, existen otras tipologías que no son excluyentes, pues podríamos encontrar más clasificaciones de acuerdo al enfoque de los autores; y, por otro lado, un impacto podría tener al mismo tiempo características de dos o más tipos o encontrarse en un nivel intermedio, así encontramos:

Por la intensidad del daño: a) Impacto Notable, es aquel que modifica o destruye totalmente el medio ambiente, sus recursos o procesos de funcionamiento actuales o futuros. b) Impacto Mínimo o Bajo, la modificación al medioambiente sus recursos o procesos de funcionamiento actuales son mínimos, no habrá repercusiones futuras.

Por la extensión: a) Impacto Puntual, la acción no se extiende sino a un punto muy focalizado. Por ejemplo, recolección de crudo en una piscina cavada para tal efecto. b) Impacto de Ubicación Crítica, aquel cuyo efecto, si no es contenido de manera urgente, puede extenderse en una gran extensión. Por ejemplo, derrame de químicos en vertientes cuyas aguas desembocan en el mar, son abrevaderos de animales o son tomas de aguas para poblaciones aledañas.

Por el momento de manifestación: a) Impacto Latente o Inminente, es aquel que, no siendo manifiesto o visible al momento, se presentará de manera segura a corto o mediano plazo después del inicio de la actividad que lo produce. b) Impacto Inmediato,

---

<sup>84</sup> Rosa M. Arce Ruiz, *La Evaluación de Impacto Ambiental En La Encrucijada*, 25.

el tiempo que transcurre entre la acción y la manifestación del impacto es ninguno, por ejemplo, las emisiones de ruido.

Por su persistencia: a) Impacto Temporal, la alteración que produce no es permanente en el tiempo, por ejemplo, una tala y repoblación forestal, el impacto paisajístico se va recuperando a medida que la vegetación va creciendo. b) Impacto Permanente, la alteración producida es indefinida por ejemplo la construcción de una carretera, la instalación de torres eléctricas, ductos vistos de agua, crudo, etc.

Por la capacidad de recuperación: a) Impacto Irrecuperable o Irreversible, la alteración o pérdida producida es de imposible reparación. b) Impacto Reversible, la alteración puede ser remediada o mitigada por el hombre a través de medidas correctivas o de limpieza o el propio ambiente debido al funcionamiento de los procesos naturales de sus componentes y su autodepuración.

Por la relación causa-efecto: a) Impacto Directo, la actividad que se realiza tiene una incidencia directa sobre el componente, por ejemplo, tala de bosques. b) Impacto Indirecto, la actividad genera repercusiones en otras áreas y no en aquella sobre la cual puntualmente se trabaja, por ejemplo, construcción de represas acuíferas, impactarán en disminución de caudal para abrevaderos y riego o sequía aguas abajo.<sup>85</sup>

Por la permisibilidad legal, a criterio del profesor Bedón Garzón, los impactos podrían clasificarse en: a) impactos tolerables, b) impactos autorizados; y, c) impacto significativo o daño ambiental.

Dentro de los impactos tolerables se encuentran las actividades humanas no reguladas por el Estado y que pueden realizarse sin restricción o sin necesidad de una licencia o permiso, como por ejemplo la agricultura y ganadería sobre los propios predios, aun cuando este tipo de actividades generen de algún modo impactos en el medioambiente, este impacto es tolerable.

El impacto autorizado es el resultado de aquellas actividades reguladas que requieren un permiso o licencia administrativa otorgada por la autoridad, luego de la evaluación de los impactos ambientales o estudio de impacto ambiental que proponen los promotores o titulares del proyecto obra o inversión. Mientras estas actividades sean

---

<sup>85</sup> Vicente Conesa Fdez.-Vítora, *Guía Metodológica Para La Evaluación Del Impacto Ambiental*, 29–42.

realizadas dentro del marco de la licencia concedida habrá un impacto autorizado, pero no daño ambiental.

La evaluación o estudio de impacto ambiental, es una herramienta, que, a través de un documento técnico, tiene como fin prever los posibles impactos de la obra en sus distintas fases y elegir la alternativa más adecuada para corregirlos, compensarlos o minimizarlos, por lo que con estos documentos se diseñan los planes de manejo ambiental.

Mosset Iturraspe, describe al estudio de impacto ambiental como un proceso de evaluación sistemática de una acción que puede dar lugar a efectos colaterales significativos en el medioambiente, los resultados son considerados por la autoridad para conceder o no su aprobación<sup>86</sup>, evidentemente la evaluación de impacto ambiental se realiza con anterioridad a la actividad o puesta en marcha de la obra.<sup>87</sup>

En el estudio de impacto ambiental se analizan, tomando como referentes los componentes del medioambiente y sus funciones, factores que incidirán en mayor o menor medida con la ejecución del proyecto o actividad, estos factores son: económicos, sociales, culturales, humanos, infraestructura y servicios, uso de suelo, paisaje, connotaciones físicas, químicas, biológicas.

Un quehacer posterior a la puesta en marcha de la obra o proyecto es la auditoría ambiental que se realiza para verificar el cumplimiento del plan de manejo ambiental, el cumplimiento de la legislación ambiental vigente, la utilización de tecnología e insumos

---

<sup>86</sup> Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad Pública Ambiental*, n.d.

<sup>87</sup> Para el caso ecuatoriano el CODA dentro del Capítulo denominado Instrumentos de Regularización Ambiental, artículo 177 y siguientes, establece tres tipos de documentos: 1) Guías de buenas prácticas ambientales para aquellos operadores cuya actividad no genera impacto ambiental significativo, estos operadores no necesitarán registro o autorización y las guías son dictadas por la autoridad ambiental; 2) Plan de Manejo Ambiental, para los operadores cuya actividad, obra o proyecto genera impacto ambiental bajo, estos operadores necesitan registrarse y se regularizarán con la aprobación del PMA. 3) Estudios de Impacto Ambiental, para aquellos operadores cuya actividad cause mediano o alto impacto ambiental, los estudios de impacto ambiental deberán contener la descripción de la actividad, obra o proyecto, área geográfica, compatibilidad con los usos de suelo próximos, ciclo de vida del proyecto, metodología, herramientas de análisis, plan de manejo ambiental, mecanismos de socialización y participación ciudadana, y demás aspectos previstos en la norma técnica. Los proyectos que requieran Estudio de Impacto Ambiental, de acuerdo al CODA, requerirán póliza o garantía financiera para cubrir responsabilidades ambientales, se desplaza la facultad de establecer el monto y características a la Autoridad Ambiental Nacional, a través de normativa técnica.

adecuados y medir los riesgos e impactos en el medio ambiente, la comunidad y el personal involucrado en la operación.

Finalmente, dentro de la categoría por permisibilidad legal, se encuentran los impactos significativos o daño. Toda actividad que supera los límites permisibles o que incumple las autorizaciones otorgadas provoca daño y por consiguiente tiene la obligación de remediar o restaurar el área afectada. En concordancia con la posición del doctor René Bedón se encuentra el tratadista Mario Peña Chacón que indica que no todo daño le interesa al derecho ambiental sino aquel que sea jurídicamente relevante, *“la licitud o ilicitud de la conducta que daña el ambiente depende de su conformidad o no con el ordenamiento jurídico. Se considera lícita la conducta activa u omisiva, que se encuentre en concordancia con el bloque de la legalidad imperante y, por tanto, cuenta con el aval o permiso de las autoridades correspondientes”*<sup>88</sup>

### 3. Autoridad

En Ecuador, la máxima autoridad de control ambiental a nivel nacional es el Ministerio del Ambiente (MAE) institución que tiene bajo su responsabilidad el Sistema Único de Manejo Ambiental.

En el CODA se establecen competencias y responsabilidades para los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales, Metropolitanos, Municipales y Parroquiales.

En los artículos 26 y siguientes del CODA se determinan las facultades de los GADs Provinciales, Metropolitanos, Municipales y Parroquiales en materia ambiental, facultándoles a generar normas y procedimientos propios. No obstante, esta debería ser una facultad exclusiva para los GADs que tengan competencia ambiental delegada, siendo necesario que éstos adecúen la normativa ambiental seccional a la nacional, con el objeto de eliminar concurrencia de atribuciones, duplicidad de trámites, requisitos duplicados, diferentes o contradictorios, duplicidad de tasas, sanciones, etc.

Por otra parte, con el objeto de evitar inseguridad jurídica, las actividades económicas deben atenerse a la normativa técnica y regulatoria emitida exclusivamente

---

<sup>88</sup> Mario Peña Chacón, *Daño, Responsabilidad y Reparación Ambiental*, n.d., 12.

por su órgano de control, a tal efecto se espera que el CODA tenga una reglamentación coherente al respecto.

El CODA establece responsabilidad ambiental para los funcionarios públicos en cada instancia nacionales y seccionales, en caso de negligencia o falta de acción al momento de cumplir con las responsabilidades ambientales del Estado como emitir requisitos, normativa o regulación, ejercer medios de control y seguimiento de obras o proyectos producto de lo cual se generen daños ambientales. Esta responsabilidad, a menos que se reglamente en debida forma, generará una emisión descontrolada de regulaciones y controles innecesarios y agobiantes para los operadores, en razón de que los funcionarios públicos actuarán guiados por el temor de que se produzca un daño y querrán evitar la imputación de responsabilidad.

Finalmente, en cuanto a reparación ambiental, el MAE cuenta con una unidad adscrita al despacho ministerial denominada Programa de Reparación Ambiental y Social (PRAS); según el documento que a manera de informe presenta este Programa al público en general<sup>89</sup> su objetivo es contribuir con la reparación integral de pérdidas, daños o pasivos ambientales ocasionados por actividades económicas, citando como ejemplos las actividades minera o hidrocarburíferas. Si bien es cierto que efectos dañosos para el medio ambiente pueden derivarse de las actividades de compañías que busquen réditos o beneficios económicos, no son las únicas actividades que podrían causar este tipo de daños, por lo que pienso que debería ampliarse el enfoque a daños por actividades en general o daños por actividades riesgosas en el ámbito ambiental.

El PRAS se direcciona en varias líneas de trabajo: i) desarrollo de sistema de información socio ambiental, ii) caracterización y valoración de pasivos ambientales, iii) diseño y puesta en práctica de planes de reparación integral.

---

<sup>89</sup> Ministerio del Ambiente, “Pasivos Ambientales y Reparación Integral: Experiencias de Gestión en el Ecuador”, primera edición, septiembre 2016, Quito, Ecuador. Pagina 204.

#### 4. La responsabilidad objetiva en el Ecuador según la Constitución.

Antes de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, en los reclamos por daños ambientales se aplicaba el régimen de responsabilidad subjetiva, previsto en el artículo 2184 del Código Civil, que señala:

*“Art. 2184.- Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.*

*Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.*

*Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.*

*Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito”*

La responsabilidad subjetiva implica la demostración por parte del afectado, de la existencia del elemento subjetivo: dolo o intención de dañar (delito), o culpa que es la atribución del hecho, pero sin intención de causar daño (cuasidelitos). En cualquiera de los dos casos, y de acuerdo al artículo 2214 del Código Civil, el responsable debe indemnizar al afectado.

El doctor René Bedón al hablar sobre responsabilidad subjetiva menciona que la jurisprudencia ecuatoriana estableció los presupuestos o elementos de este tipo de responsabilidad, los mismos que deben comprobarse para que una acción prospere, siendo estos elementos los siguientes: a) el acontecimiento ilícito, b) el daño, c) la culpabilidad del agente; y, d) el nexo causal entre el acontecimiento y el daño producido a la víctima, sin la concurrencia de dichos elementos “la demanda de indemnización de perjuicios fundada en la responsabilidad extracontractual del demandado no puede ser acogida...”<sup>90</sup>

Como vemos, en el régimen de responsabilidad subjetiva, procesalmente la carga de la prueba de todos los presupuestos recae sobre la parte actora<sup>91</sup>, siendo esencial o

---

<sup>90</sup> RO 606 de 5 de Julio de 2009, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil 24 de julio de 2007, Seguros Equinoccial S.A. en contra de TEVCOL S.A.

<sup>91</sup> En el emblemático fallo de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Comité Pro Mejoras Barrio Delfina Torres vda. de Concha contra Petroecuador, Petrocomercial y sus filiales (RO 43 de 19 de marzo de 2003) siendo todavía aplicable el régimen de responsabilidad subjetiva, se desplazó hacia el demandado la necesidad de aportar pruebas que demuestren la adopción de medidas adecuadas para evitar los daños alegados por la parte actora, quien quedaba relevada de la carga de probar la culpabilidad (dolo o culpa) de la parte demandada. El desplazamiento de la carga de la prueba fue considerado por la ex Corte Suprema como una exigencia de justicia con respecto al responsable, la Corte señala lo siguiente: “Pero como la

determinante el elemento de culpabilidad del demandado, corresponde entonces al actor sustentar suficientemente que el agente actuó con culpa, es decir, que no previó adecuadamente o no tuvo cuidado suficiente para que el evento no se produjera. Tanto la doctrina, como la jurisprudencia determinan tres formas en que se presenta la culpa: negligencia, imprudencia e impericia. Al tratarse de un elemento subjetivo el Juez o Tribunal debe analizar la realidad concreta del demandado, sus condiciones y nivel de preparación con el fin de concluir si su acción u omisión respecto al evento constituyen negligencia, imprudencia o impericia o si hubo dolo.

Otro de los elementos que amerita aclararse es el concepto de la denominada “relación de causalidad”, si bien es cierto este elemento es aplicable tanto a la responsabilidad subjetiva como a la objetiva, es imprescindible que se demuestre -para que prospere la acción- la relación o vínculo entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado, es decir si no pueden comprobarse que los daños derivan directamente del hecho ilícito del demandado, no puede surgir responsabilidad civil extracontractual.

A partir de la vigencia de la Constitución del Ecuador, el 20 de octubre de 2008, se estableció expresamente que la responsabilidad por daños ambientales es objetiva, así lo determina el artículo 396 que textualmente señala:

“...

*La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.*

*Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado y de mantener un sistema de control ambiental permanente.*

....”

---

*carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba...En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. Esta teoría ha ido imponiéndose en forma creciente, particularmente en la jurisprudencia...Nosotros coincidimos plenamente con esta posición, y ésta es la razón por la cual la adoptamos como sustento del presente fallo”*



A diferencia de la responsabilidad subjetiva en donde es esencial el elemento subjetivo de culpa o dolo del agente, en la responsabilidad objetiva se anula este elemento subjetivo y el agente debe responder por el daño independientemente de que este se haya producido sin culpa o dolo de su parte. Juan Carlos Cassagne considera que la responsabilidad objetiva constituye una “vuelta de tuerca completa al sistema de responsabilidad y a sus fundamentos” “ya que al no existir el factor subjetivo de atribución de responsabilidad el causante debe responder, aunque no exista culpa de su parte...imponiendo al dueño o industrial una suerte de carga o garantía de soportar los daños producidos por el riesgo...por las actividades riesgosas”<sup>92</sup>

En la misma línea José Juan González, señala que la responsabilidad objetiva se justifica porque gran parte de los casos de daño ambiental son producidos por agentes que realizan actividades potencialmente riesgosas; de tal manera que cuando se produzca un daño hay razones para pensar *a priori*, que los daños son producto de quienes realizan aquellas actividades, éstos agentes oportunamente ejercerán el derecho de probar lo contrario.<sup>93</sup>

En el régimen de responsabilidad objetiva al no existir factor subjetivo (culpa o dolo) procesalmente, en nuestro país, la víctima queda exenta de acreditarlo, el afectado o actor debe probar: el hecho, el daño y el nexo causal entre ellos.

Contrario sensu, si los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios tienen la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, en el evento de producirse uno, corresponderá a aquellos probar que sí cumplieron con la responsabilidad de prevenirlo, demostrando las actividades que realizaron para tal fin.

Según Esteve Pardo, citado por José Juan González, el que la doctrina y las legislaciones incursionen en la tendencia de establecer responsabilidad objetiva en materia ambiental e invertir la carga de la prueba en materia procesal, se justifica por el “diferente nivel de conocimientos que para efectos probatorios tienen la víctima y el causante”<sup>94</sup>, de acuerdo al autor, el causante pertenece a una industria especializada en el área de negocio, que cuenta con empleados calificados que están al tanto de los materiales

---

<sup>92</sup> Juan Carlos Cassagne, “El Daño Ambiental Colectivo,” *Ius et Veritas* 30, n.d., 313.

<sup>93</sup> José Juan González Márquez, 54.

<sup>94</sup> José Juan González Márquez, *La Responsabilidad Por El Daño Ambiental En América Latina*, 53.

utilizados y los procedimientos aplicados; de esta manera se supera la dificultad y hasta imposibilidad de la víctima de probar la conducta del sujeto imputable y su falta de probidad consecuencia de lo cual se produjo el daño, a decir de Francisco Marques, también citado por José Juan González, esta transformación del derecho procesal se produce para evitar que hayan muchos casos sin solución, por la dificultad que tenía la víctima en la etapa probatoria<sup>95</sup>.

En el ejercicio del derecho a la defensa, el demandado tendrá la oportunidad de demostrar elementos eximentes de responsabilidad, como son la fuerza mayor, el caso fortuito y la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, podrá exponer que cumplió con la normativa ambiental, que sus operaciones fueron ejecutadas dentro de los límites permisibles autorizados por la autoridad competente, que cumplió con el plan de manejo ambiental y las auditorías de cumplimiento del plan y la normativa.

Es necesario precisar que, aun cuando se demuestre la existencia de elementos eximentes de responsabilidad, tal como lo establece el artículo 396 de la Constitución de la República, el daño causado acarrea la responsabilidad de restaurar el medio ambiente e indemnizar a personas y comunidades afectadas, aunque no se impongan al causante sanciones administrativas o penales.

## **5. Análisis de la responsabilidad objetiva en el Código Orgánico del Ambiente**

El Código Orgánico del Ambiente (CODA) fue promulgado en el Registro Oficial Suplemento No. 983 de 12 de abril del 2017 y entró en vigencia el 12 de abril del 2018, a continuación, sus ejes fundamentales:

En el CODA se ratifica el derecho constitucional de la naturaleza, que comprende el respeto integral a su existencia, mantenimiento y restauración.

Se reestablece el deber del Estado y particulares a respetar, proteger y restaurar el patrimonio natural, así como utilizar los recursos naturales de forma racional. Esta es una responsabilidad integral de todo aquel que pueda generar impactos ambientales en todas las fases de su actividad, esto es desde su generación o materia prima hasta la disposición

---

<sup>95</sup> José Juan González Márquez, 53.

final de los desechos<sup>96</sup>. Por tanto, el operador está obligado a realizar todo aquello que se encuentre a su alcance para evitar y de ser el caso, reparar el daño.

En el CODA se instituye el principio “*indubio pro natura*” en caso de que exista duda sobre el alcance de las disposiciones, vacío legal o falta de información se aplicará aquello que más favorezca al medioambiente. Inclusive, en caso de duda sobre la existencia de impacto ambiental por alguna acción u omisión aun cuando no hubiera respaldo científico sobre ello, el Estado asumiendo una posición de precaución y prevención adoptará medidas oportunas eficaces y oportunas para proteger al medio ambiente; evidentemente, ante la certeza de daño o inminencia de daño el Estado exigirá al promotor de la actividad el total cumplimiento de la normativa ambiental lo que incluye restauración e indemnizaciones a las partes afectadas.

Una de las novedades controversiales que ha introducido el CODA es la responsabilidad solidaria. El artículo 290 establece cinco reglas de atribución de responsabilidad:

*“1). Si una persona jurídica forma parte de un grupo de sociedades, la responsabilidad ambiental podrá extenderse a la sociedad que tiene la capacidad de tomar decisiones sobre las otras empresas del grupo; o cuando se cometan a nombre de las sociedades fraudes y abusos a la ley.”* Esta es una norma que en mi opinión limitaría la inversión extranjera ya que la empresa inversionista que a través de una empresa filial o local tenga interés en participar en procesos productivos en el país, resultaría también responsable por eventos que afecten al medio ambiente y que sean atribuibles a la empresa local.

*“2. Será responsable toda persona natural o jurídica que, en virtud de cualquier título, se encargue o sea responsable del control de la actividad. Los administradores o representantes legales de las compañías serán responsables solidarios de obligaciones*

---

<sup>96</sup> En el CODA se ha introducido de manera general una de las herramientas de los sistemas de gestión y mejora continua ambiental ISO 14001, esto es el Análisis de Ciclo de Vida (ACV), que se usa para identificar y gestionar el impacto ambiental o huella ambiental que generan los bienes, productos y servicios que consumimos desde su generación hasta su disposición final. A través de esta herramienta se busca no solo proteger al medio ambiente sino también mejorar la imagen de los operadores en el mercado, pues reducen riesgos sociales y legales, al reducir los residuos que producen en la elaboración de su bien o servicio y en la vida útil del producto mismo, principio también conocido como “de la cuna a la tumba”

*pendientes establecidas por daños ambientales generados durante su gestión.”* En nuestra legislación se atribuye responsabilidad solidaria a representantes legales en materia tributaria y laboral, a través de esta norma se agrega responsabilidad ambiental, pero no únicamente a representantes legales sino también a administradores, dado el caso la autoridad ambiental deberá remitirse a la legislación societaria para definir a que personeros se entiende como administradores, también es importante que dado el caso se remitan al tiempo de gestión verificable de los personeros, a través de los registros públicos del Registro Mercantil.

“3. Si existe una pluralidad de causantes de un mismo daño ambiental, *la responsabilidad será solidaria entre quienes lo ocasionen;*” esta norma no presenta problema al menos en un sentido teórico, en efectos prácticos pueden generarse inconvenientes en cuanto a la proporcionalidad de la atribución de responsabilidad, no todos los causantes pudieron haber participado en la misma medida y quizá no todos se encuentren en condiciones de asumir el evento (por ejemplo persona natural y persona jurídica) especialmente cuando su participación en el evento haya sido menor que otro u otros.

“4. *En los casos de muerte de la persona natural responsable de ocasionar los daños ambientales, sus obligaciones económicas o pecuniarias pendientes se transmitirán de conformidad con la ley;*” Bajo esta norma se transmite la responsabilidad por daños ambientales a herederos haciéndose remisión al Código Civil; ahora bien, podría haber confusión entre la persona natural a la que se le ha atribuido responsabilidad solidaria (como el representante legal o los administradores) y la persona natural que ocasionó el daño, como al parecer es el espíritu del CODA; en todo caso las primeras discusiones a la luz del análisis de la norma es la incertidumbre respecto a la posibilidad de que se transmita responsabilidad a quienes inclusive aún no existan, lo cual desmotiva también la inversión y genera tensión entre quienes ostentan cargos de administradores y representantes de compañías operadoras.

“5. *Cuando se produzca la extinción de la persona jurídica responsable de ocasionar los daños ambientales, sus obligaciones económicas o pecuniarias pendientes serán asumidas por los socios o accionistas, de conformidad con la ley*” Norma que contradice los fundamentos societarios de que los socios o accionistas participan hasta el monto de sus participaciones o acciones en la compañía.

De estas normas de atribución de responsabilidad solidaria emergen visos de contradicción al artículo 82 de la Constitución de la República que consagra el derecho a la seguridad jurídica, por lo que podrían generar un gran desincentivo a la inversión industrial, a menos que en el reglamento al CODA se eliminen todas las inquietudes y problemática que se vislumbra, sobre todo porque siendo el CODA tan proteccionista al medioambiente –lo cual es correcto, en tanto y en cuanto la norma sea bien concebida y contenida- no es conveniente que genere dudas y se preste a subjetividades de la autoridades administrativas de turno, ello convierte al Estado en un gendarme que no permite al empresario desarrollar sus actividades que en fin último generan beneficios económicos inclusive para el propio Estado, por citar un ejemplo en las actividades hidrocarburíferas que constituye una de las principales fuentes de ingreso para la economía nacional.

En cuanto al principio de responsabilidad objetiva, el CODA es concordante con el artículo 396 de la Constitución de la República, de esta forma el artículo 11 del CODA establece:

*“Art. 11.- Responsabilidad objetiva. De conformidad con los principios y garantías ambientales establecidas en la Constitución, toda persona natural o jurídica que cause daño ambiental tendrá responsabilidad objetiva, aunque no exista dolo, culpa o negligencia.*

*Los operadores de las obras, proyectos o actividades deberán mantener un sistema de control ambiental permanente e implementarán todas las medidas necesarias para prevenir y evitar daños ambientales, especialmente en las actividades que generan mayor riesgo de causarlos.”*

Por tanto, toda persona natural o jurídica que cause daño al medioambiente tendrá la obligación de repararlo, no es importante si existió daño o culpa o si el daño fue ocasionado por fuerza mayor o caso fortuito o por un tercero. En caso de fuerza mayor, caso fortuito el operador será eximido de asumir sanciones administrativas o multas, pero no será exento de la obligación de reparar e indemnizar a los afectados.

Por otra parte, la inversión de la carga de la prueba en materia procesal es un principio que el CODA lo ratifica de la Constitución del 2008, principio por el cual

corresponde al demandado probar que cumplió con la normativa ambiental y con todas las responsabilidades que por el Plan de Manejo Ambiental le corresponden cumplir.

## 6. Principio “El que contamina paga”

Constituye el principio rector de la responsabilidad por daño ambiental, se encuentra previsto en el artículo 396 de la Constitución de la República del Ecuador. También se encuentra previsto en la Declaración de Río, que establece “[...] el sujeto que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación”<sup>97</sup> se prevé además la obligación de los Estados de desarrollar normativa nacional relativa a la responsabilidad por daño ambiental e indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y menoscabo ambiental<sup>98</sup>.

El concepto del principio de quien contamina paga es explicado por García Alonso de la siguiente manera: *“Conforme al principio quien contamina, se entiende por responsable de la contaminación o... por agente contaminador a la persona física o jurídica sometida a derecho privado o público que directa o indirectamente deteriora el ambiente o crea las condiciones para que se produzca dicho deterioro, tratándose, básicamente, de evitar en principio que la política ambiental de protección del ambiente se base en subvenciones y ayudas estatales y que se atribuya a la comunidad la carga de la lucha contra la contaminación...”*<sup>99</sup>

Por su parte, James Santos Briz, quien cita a Vercher Noguera señala que éste es un principio de equidad ambiental *“El imputar el coste de los daños al contaminador... si decide no evitar la contaminación estará obligado a realizar la reparación correspondiente o a indemnizar los daños que cause al ambiente”*<sup>100</sup>.

Por consiguiente, este principio es una consecuencia de la responsabilidad objetiva dirigida al operador que contaminó, para que éste asuma todos los resultados del

---

<sup>97</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Rio de Janeiro, Junio 1992. Principio 16.

<sup>98</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Rio de Janeiro, Junio 1992. Principio 13.

<sup>99</sup> García Alonso Enrique. Diccionario de Derecho Ambiental. Catedrático UNESCO de Territorio y Medio Ambiente. Universidad Rey Juan Carlos. Febrero 2006.

<sup>100</sup> Santos Briz, Jaime. La Responsabilidad Civil Derivada de la Protección del Medio Ambiente. Sección: Sumario, La Responsabilidad Civil, Temas Actuales, 2001.

daño ambiental lo cual comprende la restauración a la naturaleza, indemnización y compensación a las personas y comunidades afectadas; sin embargo considero que el principio va más allá de este tipo de reparaciones que a la postre son económicas ya que el operador necesita recurrir a una fuente de financiamiento particular para restaurar, indemnizar y compensar, sino que el principio se extiende a hacer responsable al operador contaminante de las consecuencias legales de su actuación fuera de los límites permisibles, esto es, asumir sanciones administrativas y penales si su actuación fue al margen de las regulaciones aplicables o si el acto se enmarca dentro de un tipo sancionado penalmente.

En conclusión, este es un principio fundamental en el derecho ambiental que por su sola existencia debe motivar a los operadores a actuar de una forma responsable y cuidadosa con el medio ambiente ya que el pago por daños no solo es costoso sino a veces imposible, la existencia del principio *per se* coadyuva en la prevención de la contaminación o deterioro.

## 7. Derechos de la Naturaleza

René Bedón Garzón y María Amparo Albán recuerdan que, de acuerdo a la concepción tradicional jurídico romanista, solo las personas son sujetos de derechos, por lo tanto, bajo esta concepción en la que se considera al ser humano como centro del universo y a todas las entidades inferiores creadas para su uso, disfrute y disposición para satisfacción de sus necesidades. Por consiguiente, la naturaleza no sería sujeto de derechos sino objeto, al que hay que proteger y mantener en tanto cumple fines de satisfacción de necesidades para el hombre y así éste garantiza su propia existencia y no se priva de una calidad de vida adecuada<sup>101</sup>.

La Constitución de 2008, modificó en Ecuador esta concepción tradicional de sujetos de derechos, de acuerdo a los autores citados, esta modificación atiende a una corriente ecocéntrica que coloca al ambiente y a la naturaleza como el eje central de las cuestiones ambientales e influenció la Carta de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982 “*en la cual se establece que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales; señala además*

---

<sup>101</sup> Bedón Garzón and Albán, *Responsabilidad Ambiental En Ecuador: Conceptos e Implementación En Materia Hidrocarburífera*, 50.

*que toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera sea su utilidad para el hombre, por lo tanto, con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco las personas deben actuar y guiarse por un código de acción moral. Los seres humanos son parte de la Naturaleza”<sup>102</sup>.*

Para Alberto Acosta al reconocer a la Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de 2008, se estableció un hito en la humanidad, la liberación de la naturaleza de su condición de objeto sin derechos, exigió un esfuerzo político que recogiera el proceso centenario del legislador de dotar de derechos a quienes antes no los tenían<sup>103</sup>. Acosta menciona que la consideración a la Naturaleza como sujeto de derechos es pionera a nivel mundial y responde a la reacción frente a una crisis de depredación buscándose el indispensable equilibrio entre las necesidades humanas y la Naturaleza, superándose la visión constitucional tradicional del derecho del hombre a un medio ambiente sano y sin contaminación.

Eduardo Gudynas, citado por Alberto Acosta distingue los derechos del hombre a un medio ambiente sano y los derechos de la Naturaleza; los primeros son parte de los Derechos Humanos y responden a la esencia antropocéntrica que sitúa al hombre en el eje del universo y los segundos responden a la evolución de la sociedad al reconocer a la Naturaleza como entidad de la que el hombre forma parte.<sup>104</sup>

Se han generado discusiones en torno a las atribuciones que tiene una persona como sujeto de derechos, mismas que serían limitadas respecto a la Naturaleza, como por ejemplo la imposibilidad del ejercicio de sus derechos, la imposibilidad de celebrar actos y contraer obligaciones y la falta de capacidad para reivindicar por sí misma la afectación a uno de sus derechos. El doctor Ramiro Ávila, citado por René Bedón y María Amparo Albán realiza un análisis al respecto, a partir de cuatro parámetros que, siendo reglas generales tienen excepciones y se adecúan tanto a las personas como a la naturaleza.

El primer parámetro es la dignidad, ningún sujeto de derechos puede ser medio para cumplimiento de los fines de otro, la Naturaleza es una entidad biótica, que a través del engranaje de sus subsistemas función garantiza su reproducción y existencia. El segundo parámetro es la evolución de los derechos subjetivos, cada vez se ha ampliado

---

<sup>102</sup> Bedón Garzón and Albán, 51.

<sup>103</sup> Acosta, “Revista AFESE,” 18.

<sup>104</sup> Acosta, 20.



el número de sujetos protegidos que antes no lo eran. Este parámetro se relaciona con el de la igualdad, que exige un trato equivalente y respetuoso entre todos los seres vivos, ya que el hombre es un ser vivo tanto como lo es la Naturaleza. Finalmente, la capacidad, siendo esta absoluta o relativa a través de representación legal, en el caso de la Naturaleza la representación legal se encuentra prevista en la Constitución y la ejercerán toda persona o colectivo en ejercicio del derecho fundamental de la Naturaleza a la restauración.<sup>105</sup>

Siendo la Naturaleza sujeto de derechos, ¿es posible que ésta, legalmente representada sea parte contratante de un seguro de Daño Ambiental? Aunque a priori podríamos concluir que a través del Estado es posible hacerlo, si consideramos detenidamente que la Naturaleza tiene los derechos que la Constitución expresamente le otorga en el capítulo séptimo, y entre estos, se encuentra el de restauración que a su vez implica la obligación de restaurar para quien le afecto, la respuesta sería que negativa. Pues quien debe asumir los costos que el seguro de daño ambiental tiene, es el operador que ejerce actividades riesgosas y no el Estado, considerando además que estos costos son elevados y no habrían de antemano parámetros medibles para segmentar las áreas aseguradas y los montos asegurados.

---

<sup>105</sup> Bedón Garzón and Albán, *Responsabilidad Ambiental En Ecuador: Conceptos e Implementación En Materia Hidrocarburífera*, 56–58.



## Capítulo Tres

### 1. Seguro Ambiental

Como se analizó en el capítulo anterior, la legislación ecuatoriana en materia ambiental trasladó la responsabilidad de daños por culpabilidad o dolo (subjetiva) a objetiva (atribución del hecho sin culpa), con este tipo de responsabilidad se impone de manera inexorable al responsable de un evento dañoso o lesivo para el medioambiente el deber o costo de restauración, indemnización a afectados y compensación a las comunidades; la obligación de asumir estos costos constituye *per se* una coacción jurídica de abstención o motivación indirecta de prevención.

Bajo el sistema de responsabilidad objetiva, se torna fundamental para los *actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios*<sup>106</sup> que realicen actividades de impacto ambiental importante o cuyas actividades sean potencialmente nocivas para el medioambiente, contar con un seguro para afrontar los costos de restauración integral de los ecosistemas a los niveles establecidos por la autoridad<sup>107</sup>. Contar con un seguro suministrará a los actores económicos la certeza de que, en caso de que un evento contaminante se produzca, no tendrán que asumir (parcial o totalmente) los valores de gran magnitud que alcanza la restauración de ecosistemas y de esta manera proteger su patrimonio.<sup>108</sup>

Bajo este orden de ideas, el seguro ambiental se puede definir como aquel ramo del seguro que **cubre al asegurado** frente a un daño ambiental, garantizándole los recursos necesarios, hasta la suma asegurada contratada, para cubrir los costos de restauración de los ecosistemas afectados, a cambio del pago de una prima.

En el desarrollo de esta investigación he reparado en que las definiciones de seguro ambiental varían en relación al elemento principal en el cual se enfoca su finalidad,

---

<sup>106</sup> Art. 396 Constitución de la República del Ecuador.

<sup>107</sup> Los costos de indemnización y compensación podrían ser son objeto del seguro de responsabilidad civil.

<sup>108</sup> El costo del seguro se reflejará en la contabilidad de la compañía asegurada, así como también se verá reflejado el contingente del daño eventual que le correspondería asumir sin la existencia de dicho contrato. La información sobre costos de limpieza, multas administrativas, impuestos, tecnología amigable, manejo de desechos y todo costo relacionado con impacto ambiental, de acuerdo a la rama de producción de la compañía, se denomina “contabilidad verde” este tipo de contabilización de costos, contribuye a una mejor lectura de balances y toma de decisiones respecto a “eventuales” pérdidas y beneficios, apetito de riesgo, minimización de riesgos, traslación de riesgo, autoseguro, etc. Alcides Antúnez Sánchez and Joao Domingos Víctor, “Una Primera Mirada Al Seguro Ambiental, Tributario a Un Desarrollo Sostenible Como Parte de La Política Empresarial Cubana,” in *Observatorio Medioambiental*, n.d., 173.

ya sea: el interés económico del asegurado, que es la definición que he intentado líneas más arriba, o la protección al medioambiente. En cuanto al primer grupo encontramos:

En Argentina, en donde la contratación del seguro ambiental es obligatoria (SAO seguro ambiental obligatorio) la Ley General del Ambiente<sup>109</sup> lo define de la siguiente manera: *“la garantía financiera exigible a toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos”* (lo resaltado es mío)

Silvina Saguerela, por su parte define al seguro ambiental de la siguiente manera: *“El seguro ambiental podría definirse como aquel cuya cobertura tiene por objeto garantizar la disponibilidad de los fondos necesarios para recomponer el daño ambiental de incidencia colectiva, causado en forma accidental, independientemente de que se manifieste en forma súbita o gradual.”*<sup>110</sup> (lo resaltado me corresponde)

En cuanto a las definiciones que se enfocan en la protección del medioambiente, elemento al que le dan mayor ponderación por sobre el elemento económico de la pérdida que podría sufrir el asegurado, encontramos a la misma autora Silvina Saguerela que nos dice: *“los seguros son un instrumento financiero fundamental para la protección al ambiente, pues eliminan la incertidumbre con respecto a la reparación del daño en caso de eventos catastróficos de carácter ambiental, al mismo tiempo que traen aparejados incentivos para que las empresas implementen una gestión ambiental adecuada”*<sup>111</sup> (lo destacado es mío)

Como vemos, si bien se agregan otros elementos a la definición de seguro ambiental, lo fundamental en este segundo grupo de definiciones es la protección al ambiente y la anulación de la duda sobre la reparación del daño.

A mi criterio, bajo un sistema de responsabilidad objetiva, en donde el responsable del daño, inevitablemente está obligado a la restauración ambiental a los niveles establecidos por la autoridad competente, el elemento de la protección al ambiente está garantizado desde la Constitución y por todo el marco legal regulatorio, inclusive con el CODA en nuestro país, como se analizó en el capítulo anterior, se hacen responsables

---

<sup>109</sup> Ley Nacional 25.675 Ley General del Ambiente

<sup>110</sup> Silvina Giselle Saguerela, “El Seguro Ambiental y La Responsabilidad Por Daños Al Medioambiente En Argentina,” in *Observatorio Medioambiental*, n.d., 235.

<sup>111</sup> Silvina Giselle Saguerela, 241.

hasta a las empresas vinculadas, administradores y representantes, herederos de personas naturales culpables y funcionarios públicos encargados de supervisar el cumplimiento de la normativa ambiental. Todo ello al margen de que *actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios*, contraten o no un seguro ambiental.

Es por esta razón que considero que el seguro ambiental tiene como finalidad proteger al asegurado frente a la eventualidad de daño, garantizándole la aptitud financiera para asumir los costos de reparación a través del desplazamiento de este riesgo al asegurador.

Ahora bien, si bien es cierto que la contratación de un seguro en general y el ambiental en particular, es beneficioso para anular contingencias y evitar pérdidas financieras importantes o minimizarlas, es significativo analizar algunos puntos, con el fin de determinar si este tipo de seguro debe ser obligatorio en un régimen de responsabilidad objetiva, o al menos medir los inconvenientes que se presentan en consideración a las experiencias de países donde este seguro es obligatorio, como habíamos mencionado, es el caso argentino, contrastando con nuestra realidad, en el caso de que en Ecuador se instituyere de forma obligatoria.

a) En primera instancia encontramos la delimitación del objeto asegurado. En nuestro país, trasladando lo establecido en el artículo 396 de la Constitución de la República al ejercicio de concebir una póliza ambiental, el objeto asegurado será la restauración integral de los ecosistemas que se hayan afectado por un daño ambiental<sup>112</sup>.

A continuación, debemos delimitar lo que ha de entenderse como “daño ambiental”. El CODA define a daño ambiental como “***Toda alteración significativa que, por acción u omisión, produzca efectos adversos al ambiente y sus componentes, afecte las especies, así como la conservación y equilibrio de los ecosistemas...***” (lo resaltado no corresponde al texto citado)

Como se mencionó en el Capítulo II del presente trabajo es necesario que la reglamentación al CODA establezca límites medibles, objetivos, claros y precisos que

---

<sup>112</sup> Constitución de la República Art. 396 “...Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas...” Las sanciones administrativas no tendrían cobertura y las indemnizaciones a los afectados deberían ser asumidas mediante cobertura de responsabilidad civil.

delimiten la subjetividad que puede darse con el término “significativo” de tal manera que las alteraciones que sobrepasen esos límites se consideren “daño” por consiguiente, tanto para los asegurados y aseguradores habrá parámetros claros, previos y objetivos respecto a la delimitación de daño.

Sobre la delimitación de “daño ambiental” en Argentina, Leonardo de Benedictis considera que se trata de un seguro imposible, ya que se asume todo riesgo ambiental porque los límites de *alteración relevante*, que es como en Argentina se define al daño ambiental<sup>113</sup>, son imprecisos y pueden llegar a tener una dimensión económica astronómica hasta llegar a la recomposición que es volver al estado anterior al daño. Esta imprecisión, según el profesor De Benedictis, genera limitaciones en el mercado, especialmente para aquel que esté interesado en ofrecer este tipo de productos<sup>114</sup>.

En mi criterio, con una regulación legal coherente, respaldada por estudios técnicos realizados por especialistas en las áreas de actividad productiva con impacto ambiental, podrían superarse estas imprecisiones que al momento también están presentes en nuestra realidad para algunos sectores del quehacer industrial y que limitarían las intenciones de suscripción en caso de que se contara con el ramo de daño ambiental.

b) Por otro lado, encontramos otro factor que se encuentra íntimamente relacionado con el anterior, el costo, precio del seguro o prima. Tal como lo menciona Rubén Stiglitz la prima es el resultado del cálculo de varias variables como “estadística, frecuencia y el costo promedio de los siniestros pasados”<sup>115</sup>

Si bien es cierto, en nuestro país se han producido graves daños ambientales no se cuenta con información unificada sobre los costos de restauración que los responsables han asumido por dichos eventos, por tanto, no se contará con variables estadísticas históricas en materia de seguros de daños ambientales, hasta después de varios años de que el ramo se decida implementar.

Según comenta, Mariano Bourgeois, en el caso argentino la falta de información sobre tasa de siniestralidad ha sido un cuello de botella en la celebración de SAO puesto que las aseguradoras fijan primas altas ante la falta de certeza respecto al riesgo que se

---

<sup>113</sup> “Toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o de los bienes o valores colectivos”

<sup>114</sup> Leonardo de Benedictis, “13° Conferencia de La Industria Del Seguro,” 2014, Desgravación, página 3.

<sup>115</sup> Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, Abeledo Perrot S.A., vol. I (Buenos Aires, Argentina, n.d.), 30.

asume “no genera en las aseguradoras un incentivo a ofrecer el producto en el mercado, por el contrario, al hacerlo fijan primas muy altas en vistas a cubrir el alto grado de incertidumbre, ello desalienta al asegurado quien, con el afán de cumplir las exigencias legales, busca otras alternativas de protección”<sup>116</sup>

El criterio objetivo con el que contarían las compañías de seguro interesadas en ofrecer este tipo de producto para fijar sus costos, lo constituye el estudio de impacto ambiental y el análisis técnico de las distintas variables relacionadas con la actividad de la empresa asegurada: su tamaño, las materias primas e insumos que utiliza, localización geográfica, distancia a centros urbanos o poblados, a áreas protegidas, a cuencas hidrográficas, a zonas silvestres sensibles, experiencia en manejo de emergencias, políticas de seguridad, stock de seguridad, experiencia en manejo de desechos, frecuencia y experiencia en manejo y remediación de daños, política de cuidado y protección al medioambiente, aplicación de medidas de prevención, especialistas con los que cuenta, etc. La existencia o inexistencia y la claridad o imprecisión de estos u otros estos factores, adecuadamente analizados, representarán la variación del costo en la suscripción de este seguro.

El análisis de estos parámetros, efectuado tanto antes de la suscripción y con posterioridad a ella, durante la vigencia de la póliza con el objeto de controlar el estado del riesgo, permiten la trascendencia del objeto del seguro ambiental, pues se convierte en un instrumento de protección al medioambiente. No solamente serán los organismos y funcionarios públicos quienes vigilen las conductas de los agentes económicos, sino que también las compañías aseguradoras procurarán que sus clientes cumplan consistentemente con conductas de prevención y reducción de riesgos.

c) Liquidación del monto asegurado. El monto asegurado y la prima se relacionan íntimamente, porque la segunda suele ser un porcentaje (tasa) de la primera. Si bien, en la fijación de la prima es determinante medir la gestión, tecnología, y mecanismos que implemente el asegurado por reducir la probabilidad de ocurrencia de un evento contaminante o daño, en la suma asegurada será necesario establecer el valor de daño ambiental que potencialmente pueda ocurrir. Es en este punto donde encuentro una amplia zona de incertidumbre e imprecisiones, por la sencilla razón de que un daño

---

<sup>116</sup> Mariano Bourgeois, “¿Es viable la estatización del Seguro Ambiental Obligatorio,” *Tesis de Maestría Derecho Empresario, Universidad San Andrés, Buenos Aires, Argentina*, 2016, 17.

ambiental no es posible cuantificarse antes de que haya ocurrido y en la medida en que se vaya restaurando se irá determinando el alcance y magnitud del mismo. Un daño ambiental no es susceptible de compararse “a precio de mercado” que es el punto de partida para fijar sumas aseguradas en ramos generales.

Hay dos formas de establecer márgenes de fijación de monto asegurado, una de ellas es a través de que la autoridad competente fije montos de recomposición por actos contaminantes dentro de cada área de producción riesgosa. Por su puesto, que este ejercicio tendrá que ser sustentado por análisis técnicos al respecto, con el fin de evitar valores antojadizos y elevados cuyos montos sean imposibles de asegurar, tanto porque las compañías de seguros se vean en la incapacidad técnica y financiera de asumirlos como porque para los agentes económicos represente un costo que impida el desenvolvimiento de su objeto social. Este mecanismo se apega más a la implementación de regímenes obligatorios.

La otra manera de fijación de monto asegurado sería la libertad de las partes de fijarlo de forma voluntaria, el seguro se instrumenta en base a las necesidades y capacidades económicas de las partes, este sistema va paulatinamente madurando con el tiempo, llegando a contar con la experiencia necesaria sobre efectiva cobertura a los daños ambientales. Mientras el sistema voluntario madura, el seguro será un mecanismo de alivio para la parte asegurada que no afrontará de manera total montos elevados en la recomposición del daño.

Me abanderizo con el beneficio de la existencia del ramo y del seguro de daño ambiental, no desde el punto de vista de la reparación del daño en sí mismo, porque dicha reparación está garantizada por nuestra legislación al imputar objetivamente la responsabilidad del evento; sino porque debido a la misma imputación objetiva, el seguro de daño ambiental representa para las empresas una cobertura frente a enormes gastos de recomposición, superando la contingencia de no poder contar con los recursos necesarios para afrontarla.

Ahora bien, considero que nuestro país aún no se encuentra maduro en materia de normativa ambiental, como para imponer la obligación de contratar un seguro ambiental; a tales efectos, el legislador tendría el compromiso, académica y técnicamente sustentado, de determinar los principios mínimos del contrato: especificación del tipo de daño cubierto, métodos de valoración de riesgos y reparaciones, establecimiento de límites de



cobertura y establecimiento de montos mínimos de suma asegurada, teniendo en cuenta no afectar la rentabilidad económica de las aseguradoras y de las propias empresas, sin lo cual el régimen y el objeto del seguro se vería desvirtuado.

Está claro que este ejercicio legislativo debería hacerse con un equipo multidisciplinario en el que participe el sector asegurador y por su puesto su ente técnico de control, el establecer un seguro de esta magnitud en la legislación nacional, en cuya elaboración de normativa participe solamente el sector ambientalista equivaldría a pretender forzar una adaptación del daño ambiental al contrato de seguro, generándose fallas en el proceso de asimilación y aplicación efectiva, dando como resultado que las compañías aseguradoras no estén dispuestas a asumir este tipo de riesgos<sup>117</sup> y por tanto, el fin de proteger a las empresas del contingente se anula.

La implementación progresiva de este tipo de seguro resultaría beneficiosa tanto para los agentes económicos como para el Estado, en su rol de garante del medioambiente que aseguraría su remediación hasta los límites por él permitido.

Inclusive podría el Estado motivar la contratación e instrumentación del seguro de daño ambiental en forma progresiva a través de incentivos económicos como por ejemplo la eliminación o reducción de contribuciones o reducción de impuestos calculados a partir de la prima que paga el asegurado.

Y desde el punto de vista de la ampliación del mercado de oferentes o aseguradores el Estado también podría propiciar incentivos para la suscripción de este riesgo, por ejemplo, motivar la constitución de un pool de reaseguro que pueda contribuir con el financiamiento de las compañías aseguradoras en el país.

En definitiva, el desarrollo y equilibrio del sistema en este tipo de seguro no puede crearse de la noche a la mañana. Requiere la experiencia continua y progresiva de las partes contratantes, sin imposiciones normativas que desnaturalicen el contrato de seguro y que no sean viables o sean imposibles de cumplir.

---

<sup>117</sup> De acuerdo a los análisis realizados por varios autores en Argentina en donde el seguro ambiental es obligatorio, la experiencia ha demostrado que el establecimiento de medidas compulsivas por medio de reglamentos que no tienen en cuenta las especificidades del contrato de seguro ha resultado inútil y el objetivo último de proteger a las empresas de este gran contingente económico no se cumple. Así por ejemplo: Silvina Giselle Sagner en "El Seguro Ambiental y La Responsabilidad Por Daños Al Medioambiente En Argentina." Leonardo de Benedictis en la "13° Conferencia de La Industria Del Seguro." Mariano Bourgeois en "¿Es viable la estatización del Seguro Ambiental Obligatorio."

La intervención del Estado será valiosa en la medida en que establezca parámetros claros, sustentados técnicamente que equilibren y tomen en cuenta los aspectos esenciales del contrato de seguro y del daño ambiental, lográndose el fin de reparación medioambiental hasta los límites permitidos a través de instrumentos económicamente rentables. Sin esta intervención óptima del Estado la implementación debería ser voluntaria permitiéndose el desenvolvimiento normal del mercado hasta que se cuente con la experiencia apropiada, sobre todo en la medición de riesgos y daños, para que se ofrezcan contratos de seguros rentables con efectiva cobertura a los daños medioambientales y que representen una garantía para sus asegurados.

## **2. Seguro ambiental y responsabilidad civil**

Como sabemos, en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en el contrato, a cubrir la obligación a cargo del asegurado de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en la póliza, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable.

Como se analizó más en detalle en el primer capítulo sobre la evolución del seguro de responsabilidad civil, el incremento de riesgos y graves daños por las actividades industriales ha permitido que se trascienda de la “inasegurabilidad de la culpa” del asegurado, a la “asegurabilidad” por riesgo; es decir, la cobertura opera por haberse creado una situación riesgosa sin que se tome en cuenta el elemento subjetivo del asegurado: negligencia, imprudencia o impericia; como vemos se ha evolucionado en el mismo sentido que en materia ambiental: de responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva.

Gustavo Cassola Perezutti indica que la tendencia a nivel mundial es la especialización de los distintos riesgos, desarrollándose contratos con coberturas para daños de forma específica e independiente; no obstante, ciertos daños relacionados al medioambiente han sido incluidos a través del seguro de responsabilidad civil, a través de los cuales se ha otorgado ciertas coberturas, a través de inclusiones especiales<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> Gustavo Cassola Perezutti, *Seguro, Responsabilidad Civil y Delitos Ambientales* (Buenos Aires, Argentina: B de F Ltda., 2007), 34.

El autor citado, reseña que uno de los países pioneros en materia de seguros y si se quiere especialista en el tema, es Estados Unidos, en donde para el año de 1940 se ofertaban pólizas “*all risk*” (todo riesgo). Con este tipo de póliza estaba cubierto cualquier clase de potencial riesgo al que estuviera expuesto el asegurado. Los riesgos cubiertos, continúa el autor, no tenían una enumeración específica, sino que a través de endosos se excluían los riesgos a los cuales las compañías aseguradoras no daban cobertura.

Posteriormente, por normativas ambientales del gobierno, para evitar perjuicio económico de las compañías aseguradoras se excluyó los eventos por contaminación “gradual”, dando cobertura sólo a los siniestros ocasionados por contaminación “súbita e inesperada” o “súbita y accidental” entonces se emite como póliza complementaria, dentro de la póliza todo riesgo la Comprehensive General Liability, que se activaba, como se mencionó, siempre que se acreditara que el daño fue accidental presente y concreto<sup>119</sup>.

Finalmente, por varios altibajos que sufrió el mercado asegurador la *Insurance Service Office* aprobó las pólizas ambientales conocidas como *Enviromental Impairment Liability* (EIL) con alcance diferente<sup>120</sup> “hechas a la medida, con la obligación previa de las empresas de realizar exámenes de impacto ambiental”<sup>121</sup>

Aunque parecería claro es necesario precisar que al producirse un evento de connotaciones nocivas para el medioambiente, como consecuencia de este podrían producirse daños o lesiones a terceros ajenos, Alicia Morales Lamberti distingue dos tipos de daño: los daños al ambiente en sí mismo que comprenden la afectación a la salud, vida o bienes de los seres humanos y los daños particulares que como reflejo del ambiente deteriorado se transmiten como daños concretos a las personas y en sus bienes, daños a los cuales les alcanza la legislación civil<sup>122</sup>

Por su parte, María Ramos Rosas explica que el daño ambiental tiene un carácter ambivalente, porque “recae tanto sobre el patrimonio ambiental de titularidad colectiva como sobre el patrimonio individual de cada persona”; al primero se le denomina daño

---

<sup>119</sup> Silvina Giselle Sagerela, “El Seguro Ambiental y La Responsabilidad Por Daños Al Medioambiente En Argentina,” 240.

<sup>120</sup> Gustavo Cassola Perezutti, *Seguro, Responsabilidad Civil y Delitos Ambientales*, 35.

<sup>121</sup> Silvina Giselle Sagerela, “El Seguro Ambiental y La Responsabilidad Por Daños Al Medioambiente En Argentina,” 241.

<sup>122</sup> Alicia Morales Lamberti, *Derecho Ambiental. Instrumentos de Política y Gestión Ambiental*. (Córdoba, Buenos Aires: Alveroni, 2008), 35.

ambiental “puro”, “*per se*” o “colectivo”; al segundo tipo de daño se le denomina “individual” o “civil”<sup>123</sup>

En las pólizas de responsabilidad civil en donde se incluye responsabilidad por polución o contaminación, debido al alcance o naturaleza de este tipo de contrato, la cobertura comprende, el resarcimiento por daños materiales o personales que pudieran causarse a terceros, incluidas las reclamaciones por costos de limpieza o remediación en las propiedades de particulares.

Es decir, si bien los daños reclamados provienen o tienen como causa un evento súbito que afecte al medioambiente la cobertura de responsabilidad civil, en contexto general, entraña las reclamaciones por daños a terceros, la afectación al patrimonio de un individuo o individuos particulares, mas no los daños ambientales cuya afectada es la naturaleza como titular de derechos y que por tanto involucran o afectan a derechos la población de titularidad colectiva, cuyo representante es el Estado<sup>124</sup>.

En este punto, es preciso recordar lo establecido en el artículo 396 de la Constitución de la República que señala que el daño causado en materia ambiental acarrea, además de las sanciones correspondientes, la responsabilidad de restaurar el medioambiente e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. En consecuencia, bajo el análisis de la cobertura de responsabilidad civil, estarían incluidas las obligaciones

---

<sup>123</sup> María Nazaret Ramos Rosas, “El Daño Ambiental Per se como objeto de Mediación en Ecuador” (Universidad San Francisco de Quito, 2017), 18.

<sup>124</sup> Inclusive la Jurisprudencia ecuatoriana ha sido determinante en distinguir las vías para reclamar por daño ambiental y daño civil, analizándose que los resarcimientos que se pretenden responden a intereses distintos, en el primer caso es un interés colectivo y en el segundo un interés particular. Se ha enfatizado en que la acumulación de estos dos procesos deviene en nulidad procesal pues el daño ambiental y daños civiles requieren distinta sustanciación y es distinta la autoridad que conoce y juzga la demanda. (Juicio Verbal Sumario 218-2008-S-CSJNL José María Amaguay y otros contra OCP Ecuador S.A.) El COGEP en su Art. 38 inciso final determina categóricamente: “*Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este se ejercerán de forma separada e independiente.*” Por otro lado, en el Art. 39 se aclara que los eventos que hayan sido prevenidos, evitados, restaurados y remediados, no ameritarán la tramitación de las acciones previstas en el capítulo (Representación de la Naturaleza) Considero que este artículo es acertado puesto que no deja a un operador económico en un estado de permanente incertidumbre, ya que si desgraciadamente tuvo que afrontar un evento contaminante, sobre el cual presentó un plan de remediación que fue conocido y aprobado por la autoridad ambiental competente, plan que fue cumplido rigurosamente con auditorías de monitoreo y control posteriores, hecho lo cual la autoridad ambiental levanta el pasivo, es desgastante e innecesario que un Juez de lo Civil, que no es técnico ambiental, conozca y resuelva nuevamente sobre daños ambientales que la autoridad ambiental declaró restaurados a los límites permisibles, declaración que es válida *erga omnes*.

de indemnizar a las personas y comunidades afectadas más no la responsabilidad de restauración.

A continuación, enunciaré algunos ejemplos de eventos consecuencia de hechos contaminantes, con el objeto de distinguir cuales tendrían cobertura bajo responsabilidad civil, en el entendido de que las reclamaciones provengan de terceros afectados, y cuáles de estos eventos por ser daños ambientales puros, tendrían cobertura con un seguro específico mas no a través de responsabilidad civil:

- a) Limpieza instruida por la autoridad competente. Solamente si se trata de limpieza a propiedades privadas.
- b) Contaminación histórica. Es la contaminación presente en agua y suelo circundante a las actividades del agente económico, producida antes de la vigencia de la póliza o por anteriores gestores. Este hecho no tendría cobertura ni aun produciéndose reclamos de terceros en propiedad privada, porque el evento debe ser súbito para que se encuentre cubierto.
- c) Contaminación gradual. Es la contaminación producida por pequeñas emisiones o descargas de elementos contaminantes en agua y suelo por el agente contaminante. Este hecho no tendría cobertura de responsabilidad civil, porque la contaminación debe ser súbita para que se encuentre cubierta.
- d) Desgaste y uso de las facilidades del agente económico en el proceso de industrialización que provoquen una contaminación súbita, por ejemplo, como efecto de la corrosión. El evento sería considerado como un evento gradual por lo que no tendría cobertura, pero sí la tendría bajo la cobertura de daño ambiental.

### **3. Seguro Ambiental y fianza**

El artículo 183 del CODA determina la obligación de presentar un seguro o garantía técnica al operador de un proyecto, obra o actividad que requiera de un estudio de impacto ambiental como requisito para obtener las autorizaciones administrativas correspondientes, lo que entenderíamos se refiere a la aprobación del plan de manejo ambiental. Dicho seguro estará destinado a cubrir las responsabilidades ambientales del operador que se deriven de su actividad económica o profesional.

En razón de que no se ofrecen en el mercado asegurador ecuatoriano seguros ambientales, o son muy costosas ciertas coberturas por la incertidumbre de riesgo que contiene, o porque los seguros de responsabilidad civil no son analizados por las autoridades que tienen en sus manos el trámite de un particular operador, el cumplimiento de esta obligación se realiza a través de una fianza o garantía de cumplimiento de Plan de Manejo Ambiental, que además por presentar un costo menor para el afianzado será la primera opción de instrumento.

No obstante, encontramos ciertas dificultades prácticas en que se recurra a este tipo de contrato, en primer lugar, no existe una verdadera traslación de riesgo. El asegurador es un garante del cumplimiento de una obligación, si el plan de manejo ambiental se incumple, el garante paga y repite contra su garantizado por los gastos afrontados. Así la totalidad de la indemnización por el incumplimiento repercute en el patrimonio del asegurado. Lo que no ocurre en los seguros de daño ambiental en donde los valores por la recomposición hasta los límites permisibles serán asumidos, dentro de los márgenes del contrato, por la compañía aseguradora, representando un ahorro significativo en el patrimonio del operador.

Por otra parte, en los regímenes con traslación de riesgo, como lo es un seguro de daño ambiental, para la determinación de la prima se tiene en cuenta los mecanismos técnicos con los que cuenta el asegurado para reducir la probabilidad de que un accidente ocurra, por tanto se medirá con cierta objetividad, la idoneidad con la que cuenta el solicitante de ejercer sus actividades industriales de la manera más limpia y amigable para el medioambiente procurando evitar cualquier incidente de peligro o contaminante; esto en cambio, no es determinante en el análisis de suscripción de garantías o cauciones, la prima estará determinada por el monto asegurado el cual, a menos que más adelante haya normativa específica que señale otro monto, será del 5% del valor del contrato;<sup>125</sup> por tanto, la prioridad para la compañía aseguradora no será analizar que el solicitante esté en capacidad técnica de manejarse de tal manera que un daño ambiental sea mínimo, sino analizar el respaldo financiero y patrimonial con el que cuenta para rembolsar a la aseguradora en caso de que ésta tuviera que pagar por la garantía efectivizada.

---

<sup>125</sup> Art. 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

En otro orden de ideas, en un seguro de daño ambiental al existir verdadera traslación de riesgo, también se genera un interés o incentivo por parte de la compañía aseguradora de que el evento contaminante no se produzca, por lo que controlará periódicamente, como lo haría la autoridad ambiental, el cumplimiento de los planes de gestión de su cliente, promoviendo la gestión de acciones preventivas necesarias tendientes a evitar el daño. Como vemos, el incentivo de que el daño no se produzca es doble y proviene tanto del asegurado como de su asegurador. En la garantía de cumplimiento de plan de manejo ambiental, el incentivo para la empresa potencialmente contaminante proviene de seguir siendo responsable y tener que afrontar el monto del incumplimiento, la fuente del incentivo es única y proviene del mismo operador<sup>126</sup>.

Al hablar de incentivos “hacia conductas sostenibles por parte de las empresas”, Silvina Saguerela opina que “el seguro ambiental es un instrumento eficiente para la protección del medioambiente”<sup>127</sup>. Criterio con el cual concuerdo porque la garantía de cumplimiento de plan de manejo ambiental, no obra de incentivo para la prevención de daño ambiental, al menos en nuestro país representa solamente el cumplimiento de una formalidad administrativa, sin la cual no es posible obtener aprobación de plan de manejo ambiental y licencia ambiental.

Adicionalmente, encuentro otros factores que generan dudas respecto a la efectividad de cobro o ejecución de una garantía en caso de incumplimiento de plan de manejo ambiental, por un lado, la Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera No. 385 de 24 de mayo de 2017 en el artículo 2 del Capítulo VIII (de las Pólizas y Tarifas) clasifica los riesgos y conceptualiza a la garantía de cumplimiento como aquella que “*garantiza al asegurado por el incumplimiento del contratista afianzado de las obligaciones que contrajere, en virtud del contrato principal suscrito entre éstos, de la ley, y de aquellas que adquiera a favor de terceros provenientes de dicho contrato, cuyo objeto consista en la ejecución de obra, provisión o suministro de bienes o,*

---

<sup>126</sup> De acuerdo a los análisis realizados por varios autores en Argentina en donde el seguro ambiental es obligatorio, la falta de oferta en el mercado de seguros de daños ambientales ha colocado a las empresas en la necesidad de contratar cauciones con el objeto de cumplir con el requisito de contratar un seguro, pero el gran cuestionamiento es que a través de las cauciones no se cumple el fin de recomposición ambiental lo que vuelve al sistema ineficiente, solamente se cumple una formalidad o requisito legal. Silvina Giselle Saguerela, “El Seguro Ambiental y La Responsabilidad Por Daños Al Medioambiente En Argentina.” Leonardo de Benedictis en la “13° Conferencia de La Industria Del Seguro.” Mariano Bourgeois en “¿Es viable la estatización del Seguro Ambiental Obligatorio.”

<sup>127</sup> Silvina Giselle Saguerela, “El Seguro Ambiental y La Responsabilidad Por Daños Al Medioambiente En Argentina,” 242.

*prestación de servicios, siempre que tal incumplimiento sea imputable al afianzado o bien provenga de causas que afecten directamente su responsabilidad”*<sup>128</sup>

Como vemos, hay elementos que no se adecúan al cumplimiento de un Plan de Manejo Ambiental, que no constituye un contrato sino un lineamiento de trabajo, el objeto de un Plan de Manejo Ambiental no es la ejecución de una obra de aquellas que el Estado o sus instituciones contrata para fines públicos, tampoco lo es la prestación de servicios o la provisión de bienes.

La finalidad en el uno y otro caso es distinta, mientras que con una garantía de fiel cumplimiento de contrato se busca resarcir el perjuicio económico del contratante por incumplimiento del contratista, con la garantía exigida por el artículo 183 del CODA se busca *“cubrir las responsabilidades ambientales del operador que se deriven de su actividad económica o profesional”* Por la simple lectura del Art. 183 del CODA y la finalidad que se busca según el mismo artículo, mi criterio es que si no se trata de un seguro ambiental al menos lo más idóneo en Ecuador sería la contratación de un seguro de Responsabilidad Civil, mas no de garantía de cumplimiento de Plan de Manejo Ambiental como se viene manejando.

Finalmente, no es menos importante tomar en cuenta que en materia de derecho público todas las actividades son regladas, y de acuerdo al artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante, entre otras cosas, a ejecutar la garantías de fiel cumplimiento; es decir, la entidad contratante no puede pedir su ejecución sin que antes haya resuelto la terminación del contrato, de acuerdo al procedimiento legalmente establecido y la resolución se haya emitido por la máxima autoridad de la institución, mi inquietud al respecto es sobre el fundamento legal para dar por terminado unilateralmente un contrato, cuando no existe contrato y si es así, como es posible la ejecución de una garantía de cumplimiento de plan de manejo ambiental?.

---

<sup>128</sup> Registro Oficial Edición Especial No. 44 de 24 de julio de 2017.



#### 4. Reparación e Indemnización.

Según el artículo 396 la Constitución del Ecuador, la responsabilidad por daños ambientales es objetiva y genera la obligación del causante de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

El Ministerio del Ambiente, como rector de la política pública ambiental, mediante Acuerdo Ministerial 169<sup>129</sup> definió varios conceptos, entre ellos “*restauración integral*” entendiéndose que es el derecho de la naturaleza a ser retornada a las condiciones determinadas por la autoridad ambiental, cuando ha sido afectada por impacto ambiental negativo o daño, asegurándose el restablecimiento de equilibrios, ciclos y funciones naturales. Según esta definición la “restauración integral” también implica el retorno a condiciones y calidad de vida dignas, de una persona o grupo, comunidad o pueblo, afectados por un impacto ambiental negativo o un daño.

El Acuerdo Ministerial mencionado, define también lo que es “*reparación integral*” entendiéndose por tal el “*conjunto de acciones, procesos y medidas, que aplicados integralmente, tienden a revertir daños y pasivos ambientales, mediante el restablecimiento de la calidad, dinámica, equilibrio ecológico, ciclos vitales, estructura, funcionamiento y proceso evolutivo de los ecosistemas afectados; así como medidas y acciones que faciliten la restitución de los derechos de las personas y comunidades afectadas, de compensación e indemnización a las víctimas, de rehabilitación de los afectados, medidas y acciones que aseguren la no repetición de los hechos y que dignifiquen a las personas y comunidades afectadas*”

De estas definiciones concluimos entonces que la restauración es el derecho de la naturaleza, mientras que la reparación son los mecanismos que desarrolla el causante para llegar a restaurar. Por tanto, restauración y reparación no son sinónimos de acuerdo al Acuerdo Ministerial 169.

Sin perjuicio, de que parecería un punto meramente semántico debo resaltar que, si el derecho de la naturaleza a ser restaurada implica el retorno a las condiciones determinadas por la autoridad que garanticen el restablecimiento de 1) equilibrio, 2) ciclos y 3) funciones naturales, la obligación de realizar las actividades necesarias de reparación integral no pueden ir más allá de lo que por derecho le corresponde a cualquier sujeto; y

---

<sup>129</sup> Registro Oficial 655 de 07 de marzo de 2012.

por tanto, la definición de reparación integral no debería ser más amplia o redundante como lo es en este Acuerdo que incorpora más elementos a los tres parámetros de restauración.<sup>130</sup>

En un orden práctico, si bien el daño ambiental genera la obligación de remediar las cosas hasta los límites permitidos por la normativa ambiental, puede resultar en menor o mayor medida complejo que ésta se produzca de forma inmediata, debido a los procesos propios de la naturaleza, por ejemplo revegetación de zonas intervenidas para realizar procesos de limpieza, es por ello que la ejecución de estas medidas requieren monitoreo periódico con el fin de verificar la recomposición en forma progresiva, dichas actividades y plazos serán presentadas en un plan de remediación que debe ser aprobado por el Ministerio del Ambiente, verificado y auditado por este, hecho lo cual se presentará un informe final que después de su aprobación generará el levantamiento del pasivo ambiental. El inconveniente, públicamente conocido, es la larga espera que los usuarios deben asumir en el despacho o atención de sus requerimientos por parte de esta Cartera de Estado; sin perjuicio de que las labores de contención, limpieza, remediación, etc. deben iniciarse de manera inmediata, por parte del particular o subsidiariamente por el Estado.

En cuanto a las personas, comunidades o pueblos afectados, se habla por un lado de retorno a condiciones y calidad de vida dignas y de compensaciones e indemnizaciones, por otro lado. En cuanto a retorno a condiciones y calidad de vida es evidente que en tanto se *repare integralmente* a la naturaleza en las áreas públicas afectadas, así como en las privadas, el restablecimiento al estado o condiciones anteriores de la persona o personas, comunidades o pueblos, ciertamente se producirá. No obstante, me pregunto si por falta de provisión de uno o varios servicios públicos, la persona, pueblo o comunidad afectados por el evento de daño, no tenían antes de este, condiciones dignas de vida, ¿puede el Estado obligar a un particular a restablecer más allá del estado anterior de las cosas, especialmente cuando dignidad o calidad de vida se traduce en el goce de un servicio público?

---

<sup>130</sup> El Acuerdo Ministerial 169 también define el término “remediación” como: “*Conjunto de medidas y acciones tendientes a restaurar afectaciones ambientales producidas por impactos ambientales negativos o daños ambientales, a consecuencia del desarrollo de actividades, obras o proyectos económicos productivos*” A mi criterio esta definición, en la que no se agrega compensación e indemnización, es decir el factor humano, es innecesaria porque bien puede contenerse en la de remediación integral.

En este contexto me parece que el concepto de “reparación integral” es más coherente y menos subjetivo que el de “restauración integral”, mientras reparación abarca la obligación de compensar a través de medidas *que dignifiquen*, la restauración habla de restitución a calidad de vida digna, ¿es posible retornar a unas condiciones que no existían? Es más comprensible que se busque dignificar a través de medidas compensatorias.

Con el objeto de parametrizar compensaciones e indemnizaciones y evitar que con el aprovechamiento de una emergencia operacional que de forma inminente pueda producir un daño ambiental, se obstaculice las tareas de contención, limpieza, mitigación, restauración y se pretendan cantidades exorbitantes de dinero, se emitió el Acuerdo Interministerial del Ministerio del Ambiente y Ministerio de Recursos Naturales no Renovables No. 001 publicado en el Registro Oficial 819 de 29 de Octubre de 2012 que contiene los “Lineamientos para la Aplicación de la Compensación por Afectaciones Socio Ambientales, dentro del Marco de la Política Pública de Reparación Integral”

En este Acuerdo Ministerial se define como compensación el género e indemnización la especie. En la compensación que se realiza a nivel de la comunidad se busca realizar cierta obra o servicio que busque el desagravio de dicha comunidad por el tiempo que se vieron privados de acceder a los elementos del medioambiente, en definitiva, de ejercer plenamente el derecho a un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado. Y en cuanto a indemnización se refiere a la cuantificación y restitución económica a los particulares por las pérdidas sufridas con el evento, civiles y morales.

En el ejemplo de un evento súbito que provoque una emergencia, será necesario realizar un proceso de sociabilización y difusión a nivel general a través de asambleas; censos y levantamientos de información particular de cada afectado a través de inspecciones y reuniones, todo esto con el objeto de poder establecer un cálculo objetivo por la pérdida de bienes, daño civil y daño moral a propietarios, arrendatarios, posesionarios y ocupantes de las áreas afectadas, por ejemplo en dicho levantamiento de información se establece el número de animales perdidos, extensión de sembríos afectados, existencia o no de limitaciones que se presentan como consecuencia del evento, como por ejemplo no poder acceder a abrevaderos a labores de agricultura, riego, atención médica a afectados, etc. Estos cálculos por pérdida de bienes y daños son presentados

ante la autoridad ambiental competente con el fin de que los conozca, valide y apruebe juntamente con el plan de remediación y respuesta a emergencia.

## **5. Clausulado Mínimo**

En consideración a la cobertura que el seguro de daño ambiental debe brindar para ser considerado como tal, podríamos ensayar una estructura de póliza, que como requisito para su formalización o suscripción deberá supeditarse al resultado técnico de los cuestionarios previos y auditorías sobre la gestión ambiental de la empresa contratante y por su puesto a la validación técnica de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros:

- 1) Identificación de las partes.
- 2) Objeto del contrato o póliza: Daños ambientales producidos de forma accidental, de carácter repentino o gradual. La cobertura de daños comprenderá los siguientes gastos:

2.1) Pago de gastos originados por limpieza y restauración de zonas afectadas hasta alcanzar o regresar a límites permisibles de acuerdo a la normativa.

2.2) Pago de gastos originados para detener, aminorar o neutralizar la contaminación.

2.3) Reintegro de gastos efectuados con la finalidad de evitar un riesgo inminente de contaminación.

2.4) Pago de compensaciones a comunidades o poblaciones e indemnizaciones por daños personales, materiales y perjuicios, definidos en base al levantamiento de información individual y cálculos aprobados por autoridad competente.

2.5) Restitución de las costas judiciales y extrajudiciales por procesos y reclamos iniciados en contra del asegurado por terceros perjudicados.

- 3) Delimitación temporal: El asegurador cubre los daños declarados, durante la vigencia de la póliza, siempre que no sean consecuencia de causas antiguas sobrevenidas con anterioridad a la fecha del contrato (“contaminación histórica”). El reclamo deberá presentarse de manera inmediata en tanto la manifestación de daño sea conocida o verificable. Todos los daños que obedezcan a un mismo evento o a una misma causa o causas relacionadas con el mismo, constituyen un único siniestro a los efectos de aplicación de suma asegurada.

4) Delimitación territorial: El asegurador cubre los daños producidos por las operaciones del asegurado en la circunscripción territorial donde éste tenga influencia. Tratándose de daños al elemento agua y si la contaminación se extiende debido a la afectación “aguas abajo” o fuera del área de influencia del asegurado, será necesario delimitar el ámbito geográfico de la aplicación de la póliza en cuanto a este tipo de daños.

5) Suma asegurada.

6) Garantías opcionales. Presentación de documentación periódica y vigente de: seguro responsabilidad civil, auditorías realizadas por la autoridad ambiental competente, política de seguridad, cuidado y protección al medioambiente, política de medidas de prevención, especialistas con los que cuenta el asegurado en cuanto a seguridad, salud y ambiente, acreditación de experiencia o capacitación en manejo de emergencias, documento donde se contenga el stock de seguridad para manejo de emergencias, documentos que acrediten experiencia en manejo de desechos o contratos vigentes con contratistas gestores de desechos, etc.

8) Listado de remediadores con capacidad técnica para efectuar las labores de limpieza y restauración una vez contenida la emergencia. El asegurador podrá pedir al asegurado que celebre acuerdos respecto a honorarios de servicios, con el fin de que no se incrementen exponencialmente estos valores en el momento de la contratación efectiva.

7) Exclusiones:

7.1) Incumplimientos dolosos.

7.2) Multas y sanciones administrativas.

7.3) Daños propios como instalaciones del asegurado (incluyendo la propiedad, posesión o uso de vehículos o embarcaciones)

7.4) Daños a sus empleados y contratistas ocurridos en las tareas de limpieza y restauración.

7.5) Daños en la salud de las personas que sean anteriores o no provocados por el evento. 7.6) Daños en el estado de animales o plantas que sean anteriores o no provocados por el evento.

## **6. Otros mecanismos de financiamiento de recomposición por daño ambiental**

A lo largo de la presente investigación he reparado en que la posición de varios autores es recomendar el recurrir no solamente al uso del seguro ambiental, sino también acudir a otras fórmulas o mecanismos financieros que contribuyan con el sistema de reparación medioambiental<sup>131</sup>. Estos mecanismos financieros son en otras legislaciones fondos de compensación o fondos ambientales, que operan cuando se ha rebasado la capacidad del valor asegurado, o la capacidad económica del productor del daño; o cuando es imposible determinar la identidad del causante porque nos encontramos ante posibles casos de responsabilidad difusa, o cuando el nexo entre posible causante y el hecho producido no es claro y por consiguiente el daño resulta de imposible imputación.

Los fondos son considerados mecanismos financieros y de apoyo estratégico para la implementación de políticas de conservación medioambiental y como tales también pueden constituirse como organizaciones de los siguientes tipos:

i) Privadas, el aporte proviene de aportaciones o contribuciones de empresarios de una misma rama o industria, titulares de actividades económicas riesgosas o potencialmente contaminantes, de tal manera que son ellos quienes auto asumen, a través del fondo, las consecuencias económicas de los daños que ocurriesen,<sup>132</sup> de tal manera que a través de estos fondos la carga económica es distribuida equitativamente entre aquellos.<sup>133</sup> Estos fondos también podrían tener la finalidad de implementar proyectos de conservación e influir e incentivar la conciencia ambiental y el desarrollo sostenible de las comunidades<sup>134</sup>.

ii) Públicos, su existencia nace de la Ley y los fondos son recaudados y administrados por organismos competentes dentro de la jurisdicción correspondiente en

---

<sup>131</sup> Sánchez, Alcides. & Víctor, Joao “Una primera mirada al seguro ambiental, tributario a un desarrollo sostenible como parte de la política empresarial cubana/A first look at the environmental insurance, tributary to sustainable development as part of enterprise cuban policy” . Observatorio Medioambiental, 2013 16: 155-184. Obtenido de: <http://portal.uasb.edu.ec:8888/login?url=https://search.proquest.com/docview/1505018030?accountid=8308>

<sup>132</sup> Andrea Alba-Molina and Santiago Rodríguez-Chona, “Seguro Ambiental: situación actual e inconvenientes en su implementación,” *RIS*, Bogotá, Colombia, Página 111.

<sup>133</sup> González, José. “La Responsabilidad por el Daño Ambiental en América Latina” Serie de documentos sobre derecho ambiental No. 12. PNUMA 2003. Página 104.

<sup>134</sup> Un ejemplo de ello fue EcoFondo, una Fundación financiada en gran parte por OCP Ecuador S.A. que fomentó exitosamente la consecución de miles de proyectos de conservación y desarrollo sustentable a lo largo de la ruta del trazado del oleoducto.

donde se genere la actividad de potencial riesgo en materia ambiental, el valor que ingresa al fondo puede provenir de impuestos, multas, contribuciones, etc.

Por ejemplo, en la República de Argentina, la Ley General del Ambiente crea el Fondo de Compensación Ambiental<sup>135</sup> mismo que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción. Debido a la organización federal de Argentina, es imprescindible que la legislación de cada provincia desarrolle normativa específica sobre su integración, composición administración y destino, con el objetivo de hacer operativa la herramienta del Fondo.

iii) Fondos internacionales, se encuentran regulados a través de acuerdos internacionales y el ámbito de reparación es de la misma manera internacional, en distintos tipos de perjuicios; por ejemplo, daños causados por derrames petroleros marinos y los debidos a accidentes nucleares.<sup>136</sup>

En relación a accidentes nucleares, el tratado más antiguo es el Convenio de Viena sobre Responsabilidad Civil por daños Nucleares de 1963, que fue complementado por el Convenio de París en 1969. “Dichos convenios establecen responsabilidad... para el operador, limitación de responsabilidad en términos financieros y de tiempo... y jurisdicción de cortes del estado donde el accidente ha ocurrido”

En cuanto a accidentes por derrames petroleros el sistema de responsabilidad e indemnización es manejado por la Organización Internacional Marítima IMO, agencia creada por las Naciones Unidas en 1958. Se ha establecido un sistema de indemnización para “daños huérfanos” es decir para aquellos cuya responsabilidad no puede ser atribuida o que superan la responsabilidad o capacidad económica del armador. Estos daños son compensados a través del International Oil Pollution Compensation Fund, Fondo de Indemnización Internacional para Contaminación Petrolera. El Fondo es financiado por países importadores de petróleo en proporción a la cantidad importada, y financia indemnizaciones por costos de limpieza, daños a la propiedad y pérdidas económicas por actividades productivas afectadas, como por ejemplo: pesca y turismo. Este Fondo ha participado en la indemnización de muchos accidentes de buques petroleros, uno de los más grandes en los que tuvo participación fue el de la embarcación Erika que por falla

---

<sup>135</sup> Artículo 34.

<sup>136</sup> Daniela Russi and Roldan Muradian, “Gobernanza Global y Responsabilidad Ambiental,” en Ecología Política, No. 24 (Icaria, Editorial, 2003), 98.

estructural colapsó en mares británicos, provocando una catástrofe ecológica marítima en el año 1999.<sup>137</sup>

El beneficio de los fondos es viabilizar de manera más ágil la reclamación de los afectados que ejercen acción directa frente al fondo. Según explican los autores Andrea Alba-Molina y Santiago Rodríguez-Chona esta reclamación contra el fondo es posible siempre que el perjudicado, no haya transado con el sujeto a quien se le atribuya la responsabilidad del evento, no haya renunciado a su derecho, no haya transigido sobre él, o la acción no haya prescrito<sup>138</sup>. Como vemos este análisis se enfoca en reclamaciones de particulares afectados, más no se trata de reclamaciones en donde la naturaleza como sujeto de derechos es la afectada, porque en dicho caso, al menos en lo que a Ecuador respecta las acciones son imprescriptibles y no serían susceptibles de transarse o renunciarse. En cuanto al enfoque sobre la reclamación de los particulares, es válida la acotación por cuando la expectativa de indemnización es una sola y no puede ejercerse indistintamente frente a distintas personas y en cuanto a la prescripción de la acción, representa la pérdida de derechos por falta de ejercicio en un tiempo determinado<sup>139</sup>.

Otro de los beneficios que supone la creación o existencia legal de los fondos ambientales es la agilización de la remediación a través de la disponibilidad inmediata de valores para asumir los costos que la ésta implique; siendo siempre la primera opción la de remediar y solamente si no es posible indemnizar.

A criterio de los autores previamente citados, el fondo debería contar con su propio grupo de expertos e investigadores quienes determinarán el nexo causal y estandarizarán el procedimiento de reclamación y su tramitación.

Finalmente manifiestan como punto negativo que el fondo puede interpretarse como socialización de riesgos indeseable provocando en los operadores conductas no diligentes en la prevención adecuada; y adicionalmente se traspasa el costo del aporte al consumidor final del bien o servicio que el operador presta,<sup>140</sup> sin embargo, al otorgarse

---

<sup>137</sup> Daniela Russi and Roldan Muradian, 98.

<sup>138</sup> Alba-Molina and Santiago Rodríguez-Chona, "Seguro Ambiental: Situación Actual e Inconvenientes En Su Implementación," 112.

<sup>139</sup> Artículo 2414 Código Civil.

<sup>140</sup> Alba-Molina and Santiago Rodríguez-Chona, "Seguro Ambiental: Situación Actual e Inconvenientes En Su Implementación," 112.



al fondo a través de su constitución o normativa legal la posibilidad de repetir contra el responsable, se cumple la finalidad preventiva de protección.



## Capítulo IV

### 1. Pólizas de daño ambiental aplicada en legislación específica

Con el objeto de comparar legislación específica sobre responsabilidad ambiental y su aseguramiento, a continuación, se hace una descripción de este tipo de seguro en el marco legal ambiental en Argentina, Colombia y España. Se ha seleccionado estos casos porque en los dos primeros el seguro ambiental es obligatorio y voluntario progresivo en el último, características que nos permiten evaluar sus elementos esenciales para finalmente, analizar el clausulado relevante ofrecido por compañías aseguradoras en estos países a la luz de su marco legal.

#### Argentina

La Ley 25.675 establece la obligación para las personas que realicen actividades riesgosas para el ambiente, de constituir un seguro ambiental de tal forma que se garantice la recomposición del daño. Sin embargo, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de Argentina y la Superintendencia de Seguros de la Nación reglamentó esta Ley desarrollándose un mercado de pólizas de caución ambiental, a las que, según explica Silvina Saguerela, muchas compañías accedieron por la necesidad de cumplir con requerimientos legales para realizar presentaciones ante organismos públicos y solicitar permisos ambientales<sup>141</sup>.

Por consiguiente, encontramos que, el seguro no es ambiental sino una caución como sucede en nuestro País y ha sido explicado al hablar de fianzas.

Posteriormente, mediante Decreto 1638/12 se buscó determinar los presupuestos mínimos de las modalidades de aseguramiento, para que se garantice el financiamiento de la recomposición ambiental, respetándose la técnica y presupuestos rectores en determinación y delimitación del riesgo.

En este Decreto se crea la Comisión Técnica de Evaluación de Riesgos Ambientales, organismo de asesoramiento y asistencia técnica en materia de riesgos

---

<sup>141</sup> Silvina Giselle Saguerela, “El Seguro Ambiental y La Responsabilidad Por Daños Al Medioambiente En Argentina,” in *Observatorio Medioambiental*, n.d., 237.

ambientales integrada por la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable) y la Superintendencia de Seguros de la Nación, esta última institución se encargará de elaborar planes de seguros con los siguientes lineamientos de acuerdo al artículo 2, del mencionado Decreto:

“a) Las coberturas tendrán exclusivamente por objeto garantizar el financiamiento de la recomposición del daño ambiental de incidencia colectiva causado en forma accidental, independientemente de que se manifieste en forma súbita o gradual; salvo que la recomposición no sea técnicamente factible, en cuyo caso deberá preverse la indemnización sustitutiva ...

b) A los efectos de la cobertura se considera configurado el daño ambiental de incidencia colectiva cuando éste implique un riesgo inaceptable para la salud humana, o la destrucción de un recurso natural o su deterioro abusivo.”

Como vemos, pese a todos los inconvenientes que se han presentado en el mercado asegurador argentino respecto a la suscripción de pólizas en materia ambiental, sobre todo por la falta de información en la materia como estadísticas, cálculo de probabilidades, alcance de los riesgos, etc., es destacable que en la implementación de los seguros se disponga contar con la Superintendencia de Seguros de la Nación como ente técnico para la formulación de las modalidades de aseguramiento, buscándose que el contrato de seguro sea instrumentado con rigor técnico en esta materia.

En todo caso, comprometidos con el medio ambiente y la reforestación, en Argentina, a partir de junio 2018 se está desarrollando un proyecto denominado “Seguro Verde” encabezado por el Ministerio de Agroindustria, Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sustentable y las compañías del sector asegurador, en donde se destinará un 1% del valor de cada póliza suscrita de automotores, motos y camiones de carga para el apoyo de financiamiento en la plantación forestal y la reforestación de bosques nativos. De esta manera, cada automotor que produce CO<sub>2</sub> aportará recursos que permitirán mitigar los efectos de gases, reducir su huella de carbono y mitigar el cambio climático.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> <https://www.argentina.gob.ar/noticias/seguro-verde-una-opcion-inteligente-para-combatir-el-cambio-climatico>

## Colombia

Mediante Ley 491 de 1999, se crea el seguro ecológico en Colombia como un mecanismo que permita cubrir los perjuicios económicos cuantificables a personas determinadas como parte o como consecuencia de daños al ambiente y a los recursos naturales, es decir, se trata de un seguro de responsabilidad civil<sup>143</sup>. Esta norma determina que el Seguro Ecológico será obligatorio para todas aquellas actividades humanas que le puedan causar daños al ambiente y que requieran licencia ambiental, de acuerdo con la ley y los reglamentos. El daño ecológico puro se encuentra excluido, salvo pueda colocarse el reaseguro correspondiente<sup>144</sup>, es decir esta cobertura no es obligatoria.

El daño y la cuantía serán determinados mediante acto administrativo de la autoridad ambiental que servirá como fundamento para la reclamación a la aseguradora y de ser el caso en el proceso judicial<sup>145</sup>.

La Ley 491 determina que serán beneficiarios directos del seguro ecológico los titulares de los derechos afectados por el daño y tratándose de una entidad estatal, el monto de la indemnización se destinará en la reparación o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados, si ésta es posible hacerse, en caso de que no sea posible el monto de la indemnización será invertido en proyectos ecológicos ambientales de interés para la comunidad afectada<sup>146</sup>.

Como vemos la Ley 491 de 1.999 no creó un seguro ecológico con cobertura a daños ambientales, salvo que el afectado sea una entidad estatal porque en este caso la indemnización se empleará para restauración o compensación a la comunidad, si la restauración no es factible. Lo que se ampara según la ley, son los daños a los bienes de

---

<sup>143</sup> ARTICULO 1o. OBJETIVO DE LA LEY. El objeto de la presente ley es crear los seguros ecológicos como un mecanismo que permita cubrir los perjuicios económicos cuantificables a personas determinadas como parte o como consecuencia de daños al ambiente y a los recursos naturales...

<sup>144</sup>ARTICULO 2o. OBJETO DEL SEGURO ECOLOGICO.... El daño ambiental puro podrá establecerse en estas pólizas como causal de exclusión de la obligación de amparar, salvo que se logre la colocación del reaseguro para determinados eventos de esta naturaleza.

<sup>145</sup> ARTICULO 6o. DETERMINACION DEL DAÑO. La respectiva autoridad ambiental previa solicitud del interesado podrá certificar sobre la ocurrencia y de la cuantía del siniestro, mediante acto administrativo debidamente motivado. El dictamen podrá servir de fundamento para la reclamación ante el asegurador o en el proceso judicial que eventualmente se adelante.

<sup>146</sup> ARTICULO 7o. DESTINO DE LA INDEMNIZACION. Cuando el beneficiario de la indemnización sea una entidad estatal, el monto de la indemnización deberá destinarse a la reparación, reposición, o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados.

PARAGRAFO. Cuando las actividades de reparación, reposición o restauración no sean posibles realizarlas, el monto de la indemnización será invertido directamente en proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad afectada.

propiedad de terceros, afectados como consecuencia de un evento de contaminación, deterioro o daño ambiental. En consecuencia, el seguro ecológico es un seguro de responsabilidad civil extracontractual por daños a terceros.

Es necesario destacar que en Colombia se conmine a los operadores que realizan actividades riesgosas a tomar de manera obligatoria un seguro de responsabilidad civil con cobertura por contaminación para resarcir daños a terceros; indudablemente es un respaldo de protección del patrimonio del asegurado al no tener que afrontar esta importante obligación económica.

En nuestro país no existe esta obligación, salvo para casos muy puntuales como el de los operadores de transporte, distribución y comercialización de combustibles derivados de hidrocarburos<sup>147</sup>, por lo que, como hemos analizado precedentemente se opta por garantías de cumplimiento de contrato, con sus consabidas limitaciones legales y sin traslación de riesgo.

### **Unión Europea, España**

La Unión Europea ha formulado un sistema de aseguramiento flexible basado en un régimen voluntario que permite acumular experiencia respecto a riesgos y su medición progresiva. Después de la publicación de los Libros Verde y Blanco sobre reparación de daño ecológico y reparación de daño ambiental respectivamente, se emitió el 21 de abril de 2004 la Directiva 2004/35/CE sobre Responsabilidad Ambiental cuyo objeto es establecer un marco regulatorio basado en el principio “el que contamina paga” para la prevención y reparación de daños medioambientales.

Tanto en el considerando 27<sup>148</sup> como en el numeral 1 del artículo 14<sup>149</sup> de la Directiva, se exhorta a los estados de la Unión Europea a velar para que sus operadores

---

<sup>147</sup> Acuerdo Ministerial 018 de Ministerio de Energía y Minas, publicado en el Registro Oficial 53 de 02 de abril de 2003

<sup>148</sup> (27) Los Estados miembros deben tomar medidas para animar a los operadores a utilizar seguros apropiados u otras formas de garantía financiera y para fomentar el desarrollo de instrumentos y mercados de garantía financiera, a fin de proteger de forma eficaz las obligaciones financieras que establece la presente Directiva.

<sup>149</sup> Artículo 14 Garantía Financiera 1). Los Estados miembros adoptarán medidas para fomentar el desarrollo, por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin

adopten medidas necesarias de prevención o reparación, lo que incluye la contratación de un seguro apropiado o garantía financiera, además de fomentar también el desarrollo de este tipo de servicios, como vemos se trata de un seguro no obligatorio.

En España siguiendo los lineamientos de la Directiva 2004/35/CE, se emite en octubre del año 2007 la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, que tiene como finalidad hacer efectivo el principio de la responsabilidad objetiva “quien contamina paga”, asegurando la reparación de daños medioambientales derivados de actividades económicas, reparaciones sufragadas por los sujetos responsables.

Siendo así, se desarrolla es sistema de garantías financieras obligando a los operadores de los sectores industriales más contaminantes listados en el Anexo III de dicha Ley, a la constitución de una garantía financiera, que puede tener una o varias de las siguientes modalidades:

- a) Póliza de seguro, suscrita con una entidad aseguradora autorizada para operar en España;
- b) Aval, concedido por alguna entidad financiera autorizada para operar en España;
- c) Reserva técnica mediante dotación de un fondo ad-hoc, con materialización en inversiones financieras respaldadas por el sector público.

Los costes o riesgos cubiertos en general incluyen la restauración de daños imprevistos que se causen a los recursos naturales, con traslación de riesgo a las compañías aseguradoras es decir nos encontraríamos frente a un daño ecológico puro cuya cuantía suma asegurada no podrá ser superior a 20.000.000 euros anuales y por evento; y, como complementario a este seguro con suma asegurada independiente pueden suscribirse responsabilidad civil por contaminación para cubrir las reclamaciones por daños a personas, propiedades y perjuicios económicos derivados de episodios de contaminación.

---

de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades en virtud de la presente Directiva.

Por su parte, el artículo 33<sup>150</sup> de Ley 26/2007 establece que un Fondo de compensación de daños medioambientales administrado por el Consorcio de Compensación de Seguros, dicho fondo se constituirá con las aportaciones de los operadores que contraten un seguro para garantizar su responsabilidad medioambiental, mediante un recargo sobre la prima de dicho seguro. El Fondo tiene por fin según este artículo prolongar la cobertura de la póliza original, en los mismos términos, para aquellos daños que se manifiesten o reclamen después del transcurso de los plazos de reclamación admitidos en la póliza con el límite de treinta años. Con cargo a dicho fondo también se atenderán los daños de los operadores que habiendo suscito una póliza válida, la compañía aseguradora no esté en capacidad de asumir su obligación por haber sido disuelta, se encontrare en proceso de liquidación o estuviere intervenida.

Adicionalmente, la Ley 26/2007 en su artículo 34<sup>151</sup> crea un Fondo estatal de reparación de daños medioambientales destinado a asumir los gastos derivados por las medidas de prevención, evitación o reparación de bienes de dominio público de titularidad estatal, este fondo se financia con recursos procedentes de los presupuestos generales de la nación y es gestionado por el Ministerio de Medio Ambiente.

Con el objeto de administrar un Convenio de co-reaseguro para la suscripción conjunta de riesgos medioambientales, se creó en el año 1994 el Pool Español de Riesgos Medioambientales<sup>152</sup> que acoge tanto a compañías aseguradoras como reaseguradores. Evidentemente, el principal fin que persigue este pool es co-reasegurar distribuyendo la suscripción de acuerdo a las capacidades de asunción de riesgos y reasegurar a cada aseguradora, otro fin importante de este pool es centralizar la información y liderar la innovación de coberturas medioambientales, técnicas de evaluación de riesgos y resolución de siniestros.

Como vemos, esta experiencia que incluye varias alternativas de aseguramiento/financiamiento de reparaciones ambientales con un monto límite y de

---

<sup>150</sup> Artículo 33. Fondo de compensación de daños medioambientales del Consorcio de Compensación de Seguros. 1. El Consorcio de Compensación de Seguros administrará y gestionará, de forma independiente financiera y contablemente respecto del resto de las actividades que realiza, un Fondo de compensación de daños medioambientales que se constituirá con las aportaciones de los operadores que contraten un seguro para garantizar su responsabilidad medioambiental, mediante un recargo sobre la prima de dicho seguro...

<sup>151</sup> Artículo 34. Fondo estatal de reparación de daños medioambientales. 1. Se crea un Fondo estatal de reparación de daños medioambientales destinado a sufragar los costes derivados de medidas de prevención, de evitación o de reparación de los bienes de dominio público de titularidad estatal

<sup>152</sup> <http://www.perm.es/que-es-pool.cfm>



suscripción voluntaria a obligatoria gradual constituye un verdadero caso de seguro ambiental que constituye un buen referente a considerarse.

## 2. Análisis del clausulado relevante

En Argentina como resultado de las acciones normativas de la Ley General del Ambiente No. 25.675, se desarrolló una póliza aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación ofrecida por Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. a la que se adhirieron tres empresas: Nación Seguros, Escudo y Testimonio<sup>153</sup>, estas coberturas operan bajo condiciones *Claims Made* de Responsabilidad Civil.

Coberturas:

- A. Reclamos por gastos de limpieza en el inmueble asegurado por contaminación preexistente.
- B. Reclamos por gastos de limpieza en el inmueble asegurado por nueva contaminación.
- C. Reclamos de terceros por daños personales y daños materiales ocurridos en el inmueble asegurado.
- D. Reclamos de terceros por gastos de limpieza fuera del inmueble asegurado como resultado de condiciones preexistentes de contaminación.
- E. Reclamos de terceros por gastos de limpieza fuera del inmueble asegurado como resultado de una nueva contaminación.
- F. Reclamos de terceros por daños personales y daños materiales ocurridos fuera del inmueble asegurado.
- G. Contaminación resultante de la carga transportada.
- H. Cobertura de pérdida real.

Exclusiones:

- 1. Impuestos, penalidades, sanciones y daños punitivos.
- 2. Responsabilidad contractual o personal del asegurado.
- 3. Transporte, excepto la cobertura G)

---

<sup>153</sup> Leonardo de Benedictis, “13° Conferencia de La Industria Del Seguro,” 2014, 5.

4. Contaminación originada en el inmueble asegurado y que comience a partir del o con posterioridad al momento en que el Asegurado deja de desarrollar en el mismo sus operaciones comerciales.
5. Dolo o culpa grave del asegurado.
6. Responsabilidad que surja o esté vinculada a la contaminación y que sea consecuencia del incumplimiento de la legislación, norma u ordenanza.
7. Gastos internos por costos, cargos o desembolsos incurridos por el Asegurado.
8. Asbestos o materiales que lo contengan, pintura al plomo.
9. Responsabilidad del Asegurado por contratos de trabajo, riesgos de trabajo.
10. Contaminación existente o producida durante el periodo de retroactividad no denunciada en la propuesta del seguro.
11. Pérdida real, reclamos de indemnización o costas en exceso de las sumas aseguradas.
12. Hechos de guerra, guerra civil.
13. Hechos de terrorismo.

Lo interesante de este seguro es la cláusula de periodo extendido de dos años a partir de la decisión de rescisión o de no renovación del seguro por parte del asegurador, con ello se evidencia como se busca forzosamente mantener coberturas para este tipo de contratos pese a la voluntad contraria de la compañía aseguradora, seguramente por circunstancias como estas el producto será más costoso.

En Colombia, como se había analizado precedentemente, el seguro ecológico dispuesto por la Ley 491 de 1.999 es un seguro que cubre afectaciones a los bienes de propiedad de terceros, afectados como consecuencia de un evento de contaminación, deterioro o daño ambiental, es decir se trata de un seguro de responsabilidad civil. En este sentido a continuación un análisis de las principales cláusulas de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil por Contaminación de Contratistas ofrecida por Chubb Seguros Colombia S.A.<sup>154</sup>

La cobertura es el pago por cuenta del asegurado todas las pérdidas, que en exceso de deducibles pactados, esté obligado a pagar a terceros como resultado de una condición

---

<sup>154</sup> [https://www2.chubb.com/co-es/\\_assets/documents/53a.pdf](https://www2.chubb.com/co-es/_assets/documents/53a.pdf)

contaminante que ocurra dentro del periodo de la póliza como resultado de operaciones cubiertas.

Las exclusiones que contempla la póliza son: Asbestos, Responsabilidad Contractual, Responsabilidad Civil Patronal, Multas y Sanciones, Fungi, Gastos Internos o Propios del Asegurado, Gastos incurridos por el asegurado por servicios prestados por sus empleados, Actos intencionales, condición contaminante conocida o existente antes del inicio de la póliza, vertederos ajenos, responsabilidad civil de productos, responsabilidad civil profesional, condición contaminantes por uso de vehículos, aviones, embarcaciones u otro tipo de transporte, salvo aquellos relacionados con las operaciones cubiertas, guerra o terrorismo, responsabilidad patronal.

En esta póliza se estipulan ciertas características interesantes: en primer lugar se incluye expresamente que la víctima tendrá acción directa frente a la aseguradora. Al tenor del artículo 1077 del Código de Comercio de Colombia el damnificado tiene acción directa contra el asegurador para formular directamente sus reclamos. En Ecuador como habíamos analizado anteriormente, el tercero afectado no tiene acción directa contra la compañía de seguros, aunque por la celeridad en la atención de víctimas este parámetro se ha atenuado.

Por otro lado, esta póliza incluye cobertura en la defensa del asegurado, estableciéndose que la aseguradora tiene el derecho de seleccionar y contratar al abogado que asuma la defensa del asegurado frente a cualquier reclamo. Esta cobertura de defensa finaliza al agotarse el límite de la indemnización.

Por otra parte, la compañía aseguradora tiene el derecho de tomar muestras, realizar inspecciones y auditorías a las operaciones del asegurado y a sus libros y registros cuando así lo considere pertinente, sin que esta inspección pueda entenderse como garantía de que las ubicaciones aseguradas son seguras.

En España Mapfre ofrece un Seguro de Responsabilidad Medioambiental<sup>155</sup> que ampara o cubre indemnizaciones por contaminación atribuible a la actividad del asegurado producida de forma accidental y extraordinaria, particularmente se cubre:

---

<sup>155</sup> <https://www.mapfre.es/seguros/empresas/seguros-de-responsabilidad-civil/seguros-responsabilidad-medioambiental/medioambiental/>

1. Indemnizaciones y reparaciones del daño a los elementos naturales, se entiende mientras sean de titularidad de terceros privados.
2. Indemnización por daños personales.
3. Reparación o reposición por daños materiales.
4. En caso de daños a flora y fauna se garantiza la curación o reposición de especies y el restablecimiento de las condiciones necesarias para su vida y reproducción. Esta cobertura me parece de cuantías inconmensurables, y de difícil sino imposible valoración en caso de pérdida de una especie.
5. Indemnización de perjuicios patrimoniales.
6. La defensa judicial del asegurado con costes y gastos judiciales y extrajudiciales, incluyéndose la constitución de fianzas judiciales.

En el mercado europeo encontramos la oferta de QBE<sup>156</sup> siendo las características clave de las coberturas que podrían acordarse, las siguientes:

- Costos de limpieza impuestos por la autoridad, remediación de la propiedad del asegurado y otras propiedades, recursos naturales impactados fuera del sitio del evento.
- Responsabilidad por lesiones corporales de terceros, daños a la propiedad (incluida la pérdida por inutilizable y la disminución de valor), daños morales (molestias) y costos de limpieza.
- Daño ambiental - responsabilidad que surge bajo el Directiva de Responsabilidad Ambiental (ELD)<sup>157</sup>, que incluye remediación complementaria y compensatoria. Prevención los costos están cubiertos, al igual que la responsabilidad derivada de causas no contaminantes.
- Cobertura para contaminación histórica de tierra, futuros incidentes que provengan de la operación en curso del asegurado.
- Costos de la interrupción del negocio como consecuencia de contaminación o daño ambiental.

---

<sup>156</sup> <https://qbееurope.com/products/environmental-impairment-liability/>

<sup>157</sup> Directiva de Responsabilidad Ambiental de la Unión Europea que, como se analizó en líneas precedentes, establece un marco de referencia común sobre la ejecución de reclamaciones por daños medioambientales basados en el principio “el que contamina paga” El principal fundamento de la Directiva es que un operador que ha causado daño o ha generado una amenaza o inminente daño debe ser financieramente responsable para reparar o adoptar las medidas necesarias para minimizar los riesgos de daño ambiental.

- Cobertura por contaminación proveniente de transporte por el asegurado o en su nombre.
- Costos para atención de la emergencia, costos de investigación del sitio del evento y costos de la defensa legal del asegurado.

Finalmente, es importante observar que, en razón de las elevadas exposiciones económicas de los riesgos medioambientales, el riesgo es cedido a través de un contrato de reaseguro que mitigará los efectos económicos de un siniestro; y es evidente que con una cobertura de reaseguro internacional se alivia la situación económica nacional al haberse distribuido o dispersado geográficamente los riesgos.

Tomando esto en cuenta a continuación coberturas relevantes que otorgan reaseguradores de primer nivel en pólizas EIL (Environmental Impairment Liability) que se activan con daños producidos al medioambiente:

ASPEN RE<sup>158</sup> Se ofrece cobertura para asumir responsabilidades por:

- Daños medioambientales derivados de las actividades propias del cliente y las actividades contaminantes de sus contratistas.
- Daños medioambientales provenientes de contratos o negocios del cliente.
- Daños corporales, daños a la propiedad y los costos de limpieza.

Entre otros servicios me parece interesante que se ofrece o pone a disposición un equipo de personal que cuenta con maquinaria y expertos en labores de remediación y limpieza para contener eventos de emergencia potencialmente contaminantes.

LIBERTY<sup>159</sup> esta póliza puede contener varias coberturas por responsabilidad medioambiental proveniente del negocio o actividad del cliente, que realice por sí mismo o que realice un tercero a su a su nombre; las coberturas que oferta son las siguientes:

---

<sup>158</sup>[http://www.aspen.co/globalassets/flyers-and-brochures/aspen\\_ins/2017-global-insurance/asp099\\_environcasualty.pdf](http://www.aspen.co/globalassets/flyers-and-brochures/aspen_ins/2017-global-insurance/asp099_environcasualty.pdf)

<sup>159</sup> <http://www.libertyspecialtymarkets.com/wp-content/uploads/2015/03/Environmental-brochure.pdf>

- Cobertura completa bajo normativa de responsabilidad ambiental (Environmental Liability Directive), no solo restringido a contaminación.
- Responsabilidades históricas en relación a bienes propios o que se encuentren ocupados por el cliente.
- Indemnización por trabajos de remediación de emergencia para prevenir o limitar el daño ambiental.
- Indemnización por incremento de costos de trabajo derivados por un evento de contaminación cubierto. Cobertura por costos de actividades desarrolladas en localidades propias o arrendadas con ocasión de un evento de contaminación cubierto.

### Conclusiones

El incremento de posibilidades de accidentes que las actividades industriales pueden generar conllevó a la sociedad a reparar sobre lo pernicioso que sería para el industrial, soportar la carga económica de asumir los daños in intencionalmente causados por su operación, por lo que se busca desplazar dichas consecuencias económicas hacia un tercero que esté en condiciones de asumirlas. Así, el seguro evoluciona al tiempo que el desarrollo tecnológico e industrial, haciéndose imprescindible, hasta nuestros días, en varias actividades económicas o proyectos.

Un ejemplo de daño causado por la operación industrial es el producido al medioambiente, pero para comprender adecuadamente el alcance de daño ambiental, es preciso comprender que es medioambiente y que hecho o hechos constituyen daño. La Constitución de la República del Ecuador, comprende al medioambiente desde una perspectiva amplia y holística; organizando la protección al medioambiente en un sistema triangular: i) por una parte, se proclama a la naturaleza como sujeto de derechos; ii) por otra parte, se establece el derecho a las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; y, iii) finalmente, se declara de interés público la conservación del ambiente, los ecosistemas, biodiversidad, integridad de patrimonio genético y la prevención de daño ambiental.

Toda intervención del hombre en la naturaleza produce una alteración favorable o desfavorable en el medioambiente o en uno de sus componentes, a esta alteración se denomina impacto y es el Estado quien se encarga de evaluar los impactos de las actividades productivas, así como también, permitirlos o castigarlos, cuando los impactos superan los límites autorizados y por tanto se convierten en impacto no autorizado o daño.

La definición de daño ambiental, en nuestra legislación consta en el reciente Código Orgánico del Ambiente, entendiéndose como daño “*Toda alteración significativa que... produzca efectos adversos al ambiente y sus componentes...*” Si el daño es una alteración “significativa” es preciso que el término significativo haga referencia a criterios objetivos, correspondiendo al Estado, establecer en la reglamentación aplicable, los límites por encima de los cuales, el impacto puede ser considerado significativo o daño; es decir, los límites permisibles y autorizados delimitan el concepto jurídico de daño ambiental.

Al haber delimitación jurídica de daño, hay certeza o seguridad jurídica, se estimula la inversión y en cuanto a riesgo asegurable, hay menos dificultades en medirlo objetivamente y, por tanto, en el evento de siniestro se cubren los gastos que impliquen llegar a una restauración hasta dichos límites o criterios de medición respecto a cada componente ambiental. En consecuencia, es preciso que en el reglamento al CODA se eliminen todas las subjetividades, sobre todo porque siendo la norma tan proteccionista al medioambiente –lo cual es correcto, en tanto y en cuanto la norma se bien concebida y contenida- no es conveniente que se generen dudas y se preste al criterio de aplicación de las autoridades administrativas de turno. Ello convertiría al Estado en un gendarme que no permitiría al empresario desarrollar sus actividades, que en fin último generan beneficios económicos inclusive para el propio Estado y la economía nacional.

El seguro de daño ambiental se convierte en un instrumento imprescindible para los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios, especialmente en un régimen de responsabilidad objetiva como el nuestro, en donde toda persona natural o jurídica que cause daño al medioambiente tendrá la obligación de repararlo, al margen de si existió dolo o culpa, o si el daño fue ocasionado por fuerza mayor o caso fortuito.

Adicionalmente, el seguro de daño ambiental podría convertirse en una herramienta adicional de protección al medioambiente, ya que, al haber verdadera traslación de riesgo, también se genera un interés por parte de la compañía aseguradora de que el evento contaminante no se produzca, por lo que coadyuvará al cumplimiento de los planes preventivos y conductas sostenibles del asegurado.

La implementación progresiva, no compulsiva, de este tipo de seguro resultaría beneficiosa en nuestro país tanto para los agentes económicos como para el Estado, asegurándose los fondos económicos necesarios para su remediación hasta los límites permisibles. Para tales efectos, el legislador tendría el compromiso, académica y técnicamente sustentado, de determinar los principios mínimos del contrato, teniendo en cuenta no afectar la rentabilidad económica de las aseguradoras y de las propias empresas, sin lo cual el régimen y el objeto del seguro sería desvirtuado.

Está claro que este ejercicio legislativo debería hacerse con un equipo multidisciplinario en el que participe el sector asegurador y su ente técnico de control, el establecer un seguro de esta magnitud en la legislación nacional, en cuya elaboración de



normativa participe solamente el sector ambientalista equivaldría a pretender forzar una adaptación del daño ambiental al contrato de seguro, generándose fallas en el proceso de asimilación y aplicación efectiva, dando como resultado que las compañías aseguradoras no estén dispuestas a asumir este tipo de riesgos y por tanto, el fin de proteger a las empresas de importantes contingentes se anula.

Por otra parte, es necesario que se adecúe la legislación correspondiente, de tal manera que puedan efectivizarse, con el adecuado respaldo legal, las garantías que se presentan para obtener la aprobación de Plan de Manejo Ambiental por parte de la autoridad ambiental en caso de su incumplimiento. Este es un ejemplo de imposición no adecuada de requisito, que es cumplido por los operadores a través de una fianza de cumplimiento de contrato cuya naturaleza y fin es distinto y por tanto deviene en ineficaz y de imposible ejecución.

Existen otras fórmulas o mecanismos financieros que contribuyen con el sistema de restauración medioambiental. Estos mecanismos financieros, son en otras legislaciones fondos de compensación o fondos ambientales, que operan cuando: se ha rebasado la capacidad del valor asegurado, la capacidad económica del causante, cuando ha sido imposible determinar la identidad del causante, cuando el nexo entre posible causante y el hecho producido no es claro. A través de estos fondos, la carga económica es distribuida equitativamente entre aquellos titulares de actividades económicas riesgosas y son recaudados y administrados por organismos competentes dentro de la jurisdicción correspondiente, en donde se genere la actividad de potencial riesgo en materia ambiental; o podrían también constituirse por iniciativa privada y no únicamente con el fin de restaurar sino también con el fin de promover la conciencia ecológica y fomentar proyectos con expectativas de conservación ambiental.

La intervención del Estado en su rol de garante del medioambiente es fundamental, siempre y cuando regule y controle de forma técnica, tanto la opción del seguro ambiental o simultáneamente con fondos ambientales; pero considerando los elementos esenciales de este tipo de contrato y se respete la evolución propia del mercado sin imposiciones anti técnicas; es decir, haya un verdadero equilibrio entre el objetivo de restauración del medioambiente y la suscripción de instrumentos económicamente rentables y de posible cumplimiento.



## Bibliografía

### Publicaciones

- Alba-Molina, Andrea y Rodríguez-Chona, Santiago. “Seguro Ambiental: Situación Actual e Inconvenientes En Su Implementación” RIS, 90–119, 2009.
- Alessandri, Arturo. “De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil Chileno”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2005.
- Alonso Soto, Ricardo José. “Responsabilidad Civil y Seguro.” en Anuario de La Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid, Ejemplar Dedicado a: La Responsabilidad En El Derecho, 193–204, 2000.
- Anchundia, Alexanda y Pumalpa Mélida. “Manual de Vías Legales Para Exigir La Responsabilidad Ambiental” Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, 2010.
- Antúnez Sánchez, Alcides y Joao Domingos Víctor. “Una Primera Mirada Al Seguro Ambiental, Tributario a Un Desarrollo Sostenible Como Parte de La Política Empresarial Cubana.” en Observatorio Medioambiental, 155–84, 2013.
- Arce Ruiz, Rosa M. “La Evaluación de Impacto Ambiental En La Encrucijada”. Madrid, La Ley Actualidad S.A., 2002.
- Ávila Merino, Luis. “La Fianza Mercantil” Universidad Católica Andrés Bello, 2002.
- Bedón Garzón, René y Albán, María Amparo "Responsabilidad Ambiental En Ecuador: Conceptos e Implementación En Materia Hidrocarburífera" Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018..
- Betancor Rodríguez, Andrés. “Instituciones Del Derecho Ambiental” Madrid, La Ley Actualidad S.A., 2001.
- Bourgeois, Mariano. “¿Es viable la estatización del Seguro Ambiental Obligatorio?” Tesis de Maestría Derecho Empresario, Universidad San Andrés, Buenos Aires, 2016.
- Carrera, Carolina Liseth. “Fondos ambientales: alternativa económica de remediación y mitigación en favor del medio natural. Periodo 2002-2010.” Tesis de Economía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2011.
- Cassagne, Juan Carlos. “El Daño Ambiental Colectivo.” Ius et Veritas 30, n.d., 309–18.
- Cassola Perezutti, Gustavo. “Seguro, Responsabilidad Civil y Delitos Ambientales” Buenos Aires, B de F Ltda., 2007.
- .“Cómo se inventaron los seguros: las guildas, una forma de seguro de la Edad

Media,”

<https://www.segurosdetuatu.es/posts/como-se-inventaron-los-seguros-las-guildas-una-forma-de-seguro-de-la-edad-media>.

Conesa Fdez.-Vítora, Vicente. “Guía Metodológica Para La Evaluación Del Impacto Ambiental” Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 2000.

De Benedictis, Leonardo. “13° Conferencia de La Industria Del Seguro,” 2014.

Díaz Bravo, Arturo. “La Responsabilidad Civil En El Derecho Ambiental Internacional y Su Aseguramiento” en Gerencia de Riesgos. Fundación MAPFRE, Año 15. No. 60, 1997.

Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel. “El seguro de responsabilidad” Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2013.

----- . “El Gobierno y la industria aseguradora ponen en marcha el Seguro Verde.”

<https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-y-la-industria-aseguradora-ponen-en-marcha-el-seguro-verde-0>.

González Márquez, José Juan. “La Responsabilidad Por El Daño Ambiental En América Latina” Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2003.

Halperin, Isaac. “Lecciones de Seguros” Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1987.

Harford, Tim “La Fascinante Historia Del Origen de Los Seguros y Su Relación Con Las Apuestas,” BBC Mundo, February 19, 2017, sec. Otras noticias, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-38973945>.

Mejía Delgado, Hernán. “Gestión Integral de Riesgos y Seguros Para Empresas de Servicios, Comercio e Industria”. Bogotá, Ecoe Ediciones, 2011.

Mejía, Henry Alexander. “Responsabilidad Por Daños Al Medio Ambiente” San Salvador, Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, 2014.

Molina Bello, Manuel. “La Fianza Cómo Garantizar Sus Obligaciones Con Terceros” México, McGraw-Hill, 1994.

Morales Lamberti, Alicia. “Derecho Ambiental. Instrumentos de Política y Gestión Ambiental” Córdoba, Alveroni, 2008.

Narváez Quiñonez, Iván. “Derecho Ambiental y Temas de Sociología Ambiental” Quito, Ediciones Fausto Reinoso, 2004.

Ossa, Efrén. “Teoría General Del Seguro” Bogotá, Editorial Temis, S.A., 1988.

Peña Triviño, Eduardo. “Manual de Derecho de Seguros” Guayaquil, Edino, 2003.

Rafael La Casa García. “Defensa Jurídica y Dolo Del Asegurado En El Seguro de Responsabilidad Civil” Fundación MAPFRE, 2017.

- Rafael, La Casa García. “Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil” Madrid: Fundación MAPFRE, 2017.
- Ramos Rosas, María Nazaret. “El Daño Ambiental Per se como objeto de Mediación en Ecuador.” Tesis Maestría Derecho Administrativo. Universidad San Francisco de Quito, 2017.
- Russi, Daniela y Roldan Muradian. “Gobernanza Global y Responsabilidad Ambiental.” en *Ecología Política*, No. 24., 95–105. Editorial Icaria, 2003.
- Saguerela, Silvina Giselle. “El Seguro Ambiental y La Responsabilidad Por Daños Al Medioambiente En Argentina.” en *Observatorio Medioambiental*, 231–47, 2016.
- Stiglitz, Rubén S. “Derecho de Seguros” Abeledo Perrot S.A. Vol. I. II vols. Buenos Aires, Argentina, 1998.
- Tortella Casares, Gabriel; Caruana de las Cagigas, Leonardo; García Ruiz, José Luis; Manzano Martos, Alberto y Pons Pons, Jeronia. “Historia Del Seguro En España” Madrid, Fundación MAPFRE, 2014.
- [www.aspen.co](http://www.aspen.co)
- [www.insurancehalloffame.org](http://www.insurancehalloffame.org)
- [www.libertyspecialtymarkets.com/Environmental-brochure.pdf](http://www.libertyspecialtymarkets.com/Environmental-brochure.pdf)
- [www.lloyds.com/about-lloyds/history/corporate-history](http://www.lloyds.com/about-lloyds/history/corporate-history).
- [www.mapfre.es/seguros-responsabilidad-civil/seguros-responsabilidad-medioambiental](http://www.mapfre.es/seguros-responsabilidad-civil/seguros-responsabilidad-medioambiental)
- [www.perm.es/que-es-pool.cfm](http://www.perm.es/que-es-pool.cfm)
- [www.qbeeurope.com/products/environmental-impairment-liability/](http://www.qbeeurope.com/products/environmental-impairment-liability/)
- [www2.chubb.com/co-es](http://www2.chubb.com/co-es)

## **Normativa**

- Ecuador. Constitución de la República, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005
- Ecuador. Código de Comercio, Registro Oficial Suplemento 1202, de 20 de agosto de 1960.
- Ecuador. Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro III, Ley General de Seguros, Registro Oficial 403 de 23 de noviembre de 2006.
- Ecuador. Código Orgánico del Ambiente, Registro Oficial Suplemento No. 983 de 12 de abril de 2017.

Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

Ecuador. Ley Orgánica de Transporte Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Registro Oficial Suplemento 407 de 31 de diciembre de 2014.

Ecuador. Decreto Ejecutivo 805, publicado en el Registro Oficial 653 de 25 de noviembre de 2015.

Ecuador. Acuerdo Interministerial del Ministerio del Ambiente y Ministerio de Recursos Naturales no Renovables No. 001 “Lineamientos para la Aplicación de la Compensación por Afectaciones Socio Ambientales, dentro del Marco de la Política Pública de Reparación Integral” Registro Oficial 819 de 29 de octubre de 2012.

Ecuador. Acuerdo Ministerial Ministerio del Ambiente 169. Registro Oficial 655 de 07 de marzo de 2012.

Ecuador. Acuerdo Ministerial 018 de Ministerio de Energía y Minas, publicado en el Registro Oficial 53 de 02 de abril de 2003

Ecuador. Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera No. 385. Registro Oficial Edición Especial No. 44 de 24 de julio de 2017.

Ecuador. OF. PGE. No.: 12538 de 25-02-2010 de 11 de febrero de 2010, Registro Oficial 174 de 19 de abril de 2010.

Argentina. Constitución de la Nación Argentina

Argentina. Ley General del Ambiente No. 25.675

Colombia. Constitución Política de Colombia

Colombia. Ley 491 de 1999.

España. Constitución Española

España. Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental